

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E
CONTROLE JUDICIAL

GUSTAVO KNAESEL HOFFMANN

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

GUSTAVO KNAESEL HOFFMANN

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E
CONTROLE JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Luiz Henrique
Urquhart Cademartori, Dr.

FLORIANÓPOLIS – SC

2015




SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

TERMO DE APROVAÇÃO DE TCC

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL**, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **GUSTAVO KNAESEL HOFFMANN** defendido nesta data e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2015.



Luiz Henrique Urquhart Cademartori (orientador)



Sérgio Ricardo Ferreira Mota (membro)



Leonardo Bruno Pereira de Moraes (membro)



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): GUSTAVO KNAESEL HOFFMANN

RG: 5.680.280 SSP/SC

CPF: 089.371.299-06

Matrícula: 11100240

Título do TCC: Conceitos Jurídicos Indeterminados, discricionariedade e Controle Judicial

Orientador (a): Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, GUSTAVO KNAESEL HOFFMANN acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 1º de dezembro de 2015.



Gustavo Knaesel Hoffmann

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas bênçãos que tem derramado em minha vida.

A meus pais, Sara Bernadete Knaesel Hoffmann e Anísio Hoffmann, e à minha irmã, Laura Knaesel Hoffmann, pelo prazer da convivência diária e pelos constantes incentivos ao estudo.

À Ellora Patrício Arantes, pelo carinho e companheirismo.

A meu orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, e a Sérgio Ricardo Ferreira Mota e Leonardo Bruno Pereira de Moraes, pelas contribuições para o presente trabalho.

Aos professores da Universidade Federal de Santa Catarina e da Università Degli Studi di Padova, pelas valiosas lições.

Ao Procurador de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes e equipe, Fernanda Guedes, Murilo Pellizzaro e Marlon Bosse, pelo constante aprendizado e sincera amizade.

A Joel de Menezes Niebuhr, Gustavo Henrique Carvalho Schiefler, Cauê Vecchia Luzia, Eduardo Carvalho Rego, Bernardo Wildi Lins, Mônica Medeiros, Roberta Timboni Kuzolitz, Fernanda Santos Schramm, Luiz Assis, Philippe Sundfeld, Roberta Zumblick e Giovanna Maisa Gamba, por terem em mim despertado o gosto pelo Direito Administrativo.

A Pedro de Menezes Niebuhr, André Lipp Pinto Basto Lupi, Marcos Vinícius Motter Borges, Ricardo Anderle, Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, Carlos Crippa Jr., Arthur Rodrigues Dalmarco, Maria Luiza Gonçalves Gallotti Ramos da Silva, Bruno de Oliveira Carreirão, Taiana Valar Dal Grande, João Martim, Kenia Aguiar, Paula Paz, Sabrina Balthazar, Ariani Bortolatto, Luiza Balthazar, Adriana Buchmann, Laíla Ribeiro e Rodinelli Salvador pelos bons momentos na Menezes Niebuhr Advogados Associados.

Aos Desembargadores Gaspar Rubick e Ronei Danielli e respectivas equipes pela oportunidade de estágio no Tribunal de Justiça e pelos grandes ensinamentos.

Ao Procurador de Justiça Ivens José Thives Carvalho e equipe, Juliana Dias, Cíntia Thives Mafezzolli e Daniel Salomon Guimarães, pelo enorme aprendizado na 20ª Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público de Santa Catarina.

Aos caríssimos Marco Aurélio Baggio, Nicolas Saveriano Dodi, Fabrício Cenci, Pedro Augusto Fernandes Duarte, Marcelo Henrique Campos, Fernando Henrique Baggio, Otávio Minatto, Cristian Dias, Bernardo Lajus, Gerson Chiang, Willy Roberto Linke, Gabriela Cechetto, Patrícia Cesa e Jaqueline Arsie pela amizade construída ao longo dos cinco anos de faculdade.

A Lucas Santana, companheiro de longa data.

A Eduardo Moretti, pelos bons momentos compartilhados no intercâmbio em Padova.

A Gustavo Stollmeier Matiola, Gustavo Carnesella, Gustavo da Cruz Cláudio, Felipe Bittencourt, Rodrigo Faresin, Victor Machado Schmitt, Lukas Ruthles, Arthur Bobsin, Eduardo Brida Alves, Ricardo Botton, João Vitor Gomes Martins e Thatiane Pires, pela amizade e pelas conversas nos corredores do Centro de Ciências Jurídicas.

Aos colegas da Gestão Levante-se do Centro Acadêmico XI de Fevereiro - CAXIF e Gestão

Novos Rumos do Diretório Central dos Estudantes –DCE.

À equipe da Locus Iuris Consultoria Jurídica.

Aos amigos do Direito Noturno 2011.1 e atletas do Eu *Ius* Brother.

Àqueles que porventura esqueci, além de meus agradecimentos, minhas sinceras desculpas.

Violentamos a nós mesmos hoje em dia, não há dúvida, nós, tenazes, quebra-nozes da alma, questionadores e questionáveis, como se viver fosse apenas quebrar nozes; assim nos devemos tornar cada vez mais passíveis de questionamento, mais dignos de questionar, e assim mais dignos talvez – de viver? Todas as coisas boas foram um dia coisas ruins; cada pecado original tornou-se uma virtude original (...) os sentimentos brandos, benevolentes, indulgentes, compassivos – afinal de valor tão elevado, que se tornaram quase “os valores em si” – por longo tempo tiveram contra si precisamente o autodesprezo: tinha-se vergonha da suavidade, como hoje se tem vergonha da dureza.

(NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Companhia das Letras, São Paulo, 2003, p. 103).

RESUMO

HOFFMANN, Gustavo Knaesel. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e controle judicial. 2015. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2015.

Busca-se, com o presente trabalho monográfico, estipular critérios práticos aptos a nortear o controle jurisdicional incidente sobre os atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados. Para tanto, desenvolve-se a tese de que a atribuição de competência discricionária e o emprego de conceitos fluidos são, ao menos do ponto de vista da ressonância jurídica produzida, técnicas legislativas equivalentes. Articula-se que, muito embora a concreção de conceitos jurídicos indeterminados não permita liberdade de volição, caracterizada pela possibilidade de escolha de uma entre várias opções de mérito igualmente válidas perante o direito, culmina invariavelmente com a concessão de liberdade intelectual ao aplicador da norma, notadamente diante de situação fática localizada no halo conceitual da proposição jurídica que veicula o conceito fluido. Rechaçando-se o pseudo-antagonismo entre conceitos fluidos e discricionariedade, busca-se delinear os confins da sindicabilidade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados a partir da matriz epistemológica garantista, compatibilizando-se a logicidade da dogmática positivista com os elementos estruturantes do Estado Constitucional de Direito. Propõe-se, ao final, um método trifásico de controle dos conceitos jurídicos indeterminados pelos tribunais, baseado na aferição da adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, na análise da legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, na aferição holística da validade da atuação administrativa, mediante a sua conformação com um plano axiológico-constitucional que lhe outorgue coerência e legitimidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Controle da Administração Pública. Discricionariedade. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Hermenêutica jurídica. Linguagem e argumentação. Garantismo jurídico.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	12
2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS E DEFINIÇÃO DOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS” NA TEORIA GERAL DO DIREITO.....	12
2.1.1 A doutrina da negação aos conceitos jurídicos indeterminados e defesa dos “termos indeterminados de conceitos”, esclarecimentos preambulares	13
2.1.2 A classificação dos conceitos jurídicos quanto às diferentes funções que desempenham na linguagem do Direito (conceitos jurídicos meramente formais, <i>regulae juris, fattispecie</i>)	16
2.1.3 A classificação dos conceitos jurídicos quanto às diferentes formas de apuração de sua significância (conceitos técnicos, empíricos e de valor).....	19
2.1.4 Definição de conceitos jurídicos indeterminados a partir da intersecção entre as modalidades de classificação dos conceitos jurídicos.....	21
2.2 ESTRUTURA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: ZONA DE CERTEZA POSITIVA (<i>BEGRIFFKERN</i>), HALO CONCEITUAL (<i>BEGRIFFHOF</i>) E ZONA DE CERTEZA NEGATIVA	22
2.3 REPERCUSSÃO JURÍDICA DA INDETERMINAÇÃO: TEORIA DA UNIVOCIDADE E TEORIA DA MULTIVALÊNCIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	25
2.3.1 Teoria da Univocidade	26
2.3.2 Teoria da Multivalência	28
3. DISCRICIONARIEDADE, VINCULAÇÃO E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	31
3.1 VICISSITUDES E IDIOSINCRASIAS NO TRATAMENTO DA TEMÁTICA PELO DIREITO BRASILEIRO	31
3.2 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO	33
3.2.1 Diferenciação apriorística entre discricionariedade e vinculação a partir da orientação doutrinária tradicional.....	34
3.2.2 Crítica à orientação tradicional	37
3.2.3 Conclusões preliminares a partir do confronto entre as orientações doutrinárias	39
3.3 A CONCREÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA OU VINCULADA?	41
3.3.1 Bernatzik, Tezner e a gênese da discussão no direito continental.....	42
3.3.2 Posicionamento da doutrina estrangeira	44
3.3.3 O posicionamento da doutrina brasileira acerca da inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou da discricionariedade administrativa	47
3.3.3.1 A doutrina da distinção rígida entre discricionariedade e vinculação	48
3.3.3.2 Posicionamentos intermediários	50

3.3.3.3 A doutrina da flexibilização da distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados	51
3.4. REPOSICIONAMENTO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	53
4. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETIZADORES DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	57
4.1 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	57
4.1.1 Fundamentos históricos e jurídico-políticos do controle judicial das atividades do Estado	60
4.1.2 Controle judicial da discricionariedade administrativa na manualística brasileira	64
4.1.2.1 Mérito Administrativo.....	65
4.1.2.2 Teorias de controle da discricionariedade administrativa	67
4.2 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETIZADORES DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	69
4.2.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina	69
4.2.2 Superior Tribunal de Justiça	72
4.2.3 Supremo Tribunal Federal.....	76
4.3 A PROPOSTA DE UM MÉTODO TRIFÁSICO DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETIZADORES DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	78
4.3.1 Controle de intelecção: a adstrição ao campo significativo possível	79
4.3.2 Controle de vigência: a legitimação formal do ato.....	82
4.3.3 Controle de validade: a legitimação substancial do ato	83
5. CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS.....	90

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico é fruto de estudos iniciados na disciplina de *Diritto Pubblico Comparato*, ministrada sob a cátedra de Mario Bertolissi na *Università Degli Studi di Padova*, que marcam o contato inicial do autor com a temática dos conceitos jurídicos indeterminados e com a metodologia do direito público comparado, somados às pesquisas e investigações realizadas ao longo do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, que, em suas cadeiras de Direito Administrativo I e II, a partir das valiosas lições dos Professores Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Carlos Alberto da Costa Dias, propiciou uma aprofundada incursão na controvertida seara do controle de discricionariedade da Administração Pública no contexto do Estado Constitucional de Direito.

Busca-se, em síntese, apontar as principais idiossincrasias e vicissitudes da abordagem da matéria dos conceitos fluidos pela doutrina e jurisprudência nacional, propondo-se, ao final, um método trifásico de controle dos conceitos jurídicos indeterminados pelos tribunais, baseado na aferição da adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, decorrente da fluidez dos conceitos, na análise da legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, na aferição holística da validade da atuação administrativa, mediante a sua conformação com um plano axiológico-constitucional que lhe outorgue coerência e legitimidade.

A monografia divide-se em três capítulos.

Ao longo do primeiro capítulo estabelece-se uma definição de “*conceito jurídico indeterminado*” a partir da intersecção entre as categorizações de conceitos tipológicos (*fattispecie*) e os conceitos de valor, diferenciando-lhes, outrossim, dos conceitos jurídicos meramente formais e dos *regulae iuris*, bem como dos conceitos técnico-científicos e dos conceitos empíricos ou de experiência. Dissecta-se, ademais, os conceitos jurídicos indeterminados em outras três subestruturas, notadamente a zona de certeza positiva (*begriffkern*), o halo conceitual (*begriffshof*) e a zona de certeza negativa.

Com a fixação destas premissas conceituais e metodológicas iniciais, são analisadas criticamente as teorias de univocidade e multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, refutando-se a tese de que a imprecisão *in abstracto* dos conceitos dissipa-se quando de sua atuação *in concreto*, pretensamente levando à uma unidade de solução justa perante o Direito.

Em continuidade da linha argumentativa, o segundo capítulo busca reposicionar a atividade administrativa concretizadora dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da discricionariedade administrativa. Para tanto, parte-se da diferenciação apriorística entre

vinculação e discricionariedade, passando-se à crítica à orientação tradicional e à delimitação das sutis zonas de controvérsia que permanecem insuperadas pela doutrina administrativista brasileira.

Em um segundo momento, descreve-se a origem histórica das doutrinas da vinculação e da discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados, com a remissão à Escola de Viena novecentista e às doutrinas de Tezner e Bernatzik, analisando-se, subsequentemente, o processo de aprimoramento acadêmico da matéria nos ordenamentos jurídicos europeus.

Ao final do segundo capítulo, delimitando-se os posicionamentos da doutrina administrativista nacional quanto ao enquadramento da atividade administrativa concretizadora dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou da discricionariedade, articula-se que a liberdade de volição, marcante da discricionariedade propriamente dita, e a liberdade de intelecção, inerente aos conceitos jurídicos indeterminados, possuem idêntica ressonância jurídica, pelo que se virá refutar a tese de que a temática dos conceitos fluidos seja totalmente estranha à da discricionariedade administrativa.

No terceiro e último capítulo são inicialmente analisadas as características centrais do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro e elenca-se o justificativo histórico e jurídico-político do controle jurisdicional das atividades do Estado.

Adentrando-se mais especificamente na análise do controle judicial da concreção dos conceitos fluidos, organizam-se sistematicamente os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e apontam-se as principais contradições e incompletudes que impedem o aprimoramento científico da matéria na atualidade.

Finalmente, despido da petulância de pretender, com vezos de senhorio da verdade, apontar uma forma única, fíada e acabada de exercício regular do controle judicial sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos fluidos, propõem-se uma plataforma de pensamento inspirada na matriz epistemológica garantista, consubstanciada em um modelo trifásico de aferição de legitimidade, com vistas à racionalização da interferência judicial sobre a atividade administrativa atuadora dos conceitos jurídicos indeterminados.

2. A TEORIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS E DEFINIÇÃO DOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS” NA TEORIA GERAL DO DIREITO

A relativa indeterminação dos conceitos que veicula é uma característica intrínseca à linguagem jurídica. Com efeito, diferentemente do que ocorre nas ciências exatas, nas quais o emprego da linguagem matemática e a existência de rigorosos acordos semânticos apriorísticos limitam de forma quase plena a margem de interpretação e de discutibilidade dos conceitos científicos, os conceitos expressos por meio da linguagem natural, entre os quais os conceitos jurídicos, estão invariavelmente sujeitos a processos intersubjetivos de interpretação e atribuição de significância.

A Lei, leciona Bandeira de Mello, remete-se a fatos, a situações pertinentes ao mundo da natureza ou da cultura, da causalidade ou do valor. Os conceitos de que faz uso o legislador, portanto, condizem irrefragavelmente com uma ou outra destas realidades. E, se por um lado, os conceitos presentes nas ciências exatas, embasados em valores teóricos de verdade, são determinados e unissignificativos, os conceitos atinentes ao mundo da razão prática e da sensibilidade são plurissignificantes e ressentem-se de certa fluidez e incerteza. (MELLO, 2015, p. 994)

Tome-se, por exemplo, a clássica fórmula física de equivalência massa e energia. A afirmação de que a quantia máxima de energia que se pode obter de um dado objeto é o produto de sua massa pelo quadrado da velocidade da luz no vácuo, expressa por meio da conhecida igualdade $E = m.c^2$, emprega, em sua estrutura proposicional, conceitos perfeitamente determinados, notadamente os conceitos físicos de energia, massa e velocidade, associados aos conceitos matemáticos de igualdade, multiplicação e elevação quadrática, sobre os quais não paira qualquer dúvida quanto à seu núcleo íntimo de significância.

A objetiva determinação dos conceitos matemáticos, no entanto, não encontra precisa correspondência no âmbito da Ciência Jurídica. Consabido, o Direito verte-se em linguagem de textura aberta, de sorte que a extração da significância das proposições jurídicas, diferentemente do que outrora se supôs, não constitui um processo mecânico, não ocorre de maneira uniforme entre seus aplicadores, tampouco se pode dar de forma independente de um sistema axiológico de referência. Bem por isso é que se articula, na contemporaneidade, que o intérprete do texto legal, e não somente o legislador, desempenha papel protagonista na gênese da norma jurídica. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 256).

O comando disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, por exemplo, ao definir que “*a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*”, em que pese sua semelhança estrutural com a sentença física $E = mc^2$, enquanto estrutura proposicional afirmativa categórica (“energia é igual a [...]”, “a Administração obedecerá a [...]”), possui vasta amplitude interpretativa, motivada, em boa parte, pela parcial indeterminação dos conceitos que veicula.

Nada obstante, a constatação de que a apuração da significância dos conceitos empregados nas proposições jurídicas se sujeita, invariavelmente, a processos interpretativos, não deve levar à falsa conclusão de que por “*conceitos indeterminados*” se designam todas as proposições jurídicas. *Exempli gratia*, o conceito de “*Administração Pública*”, diferentemente dos conceitos de “*eficiência*” e “*moralidade*”, não pode ser qualificado como um conceito jurídico indeterminado, em que pese não se poder expressá-lo com a precisão matemática alhures exemplificada.

Nessa toada, cumpre *a priori* definir no que, precisamente, consistem os conceitos jurídicos indeterminados e depurar de que forma eles se diferenciam dos demais conceitos no Direito. A doutrina administrativista brasileira, todavia, não parece ter desenvolvido o assunto de maneira exauriente, preocupando-se em dar poucos e esparsos exemplos de conceitos jurídicos imprecisos – com exaustiva repetição do onipresente conceito de interesse público – esquivando-se, por outro lado, da importante tarefa de atribuir-lhes uma definição cientificamente válida e de posicionar-lhes em uma teoria geral.

Desta feita, o pleno alcance dos objetivos a que se propõe o presente trabalho monográfico, notadamente a estipulação de balizas práticas aptas a nortear o controle judicial dos atos administrativos que dão concreção aos conceitos fluidos, pressupõe, antes de mais nada, a delimitação conceitual dos chamados “*conceitos jurídicos indeterminados*”, o que se fará a partir da breve exposição dos critérios adotados pela doutrina para a classificação dos conceitos jurídicos. Antes, contudo, necessários alguns esclarecimentos preambulares.

2.1.1 A doutrina da negação aos conceitos jurídicos indeterminados e defesa dos “termos indeterminados de conceitos”, esclarecimentos preambulares

Em sua clássica obra *O direito posto e o direito pressuposto*, Eros Grau é categórico ao afirmar que não existem conceitos fluidos, propondo-se ao “*desnudamento da falácia dos conceitos jurídicos indeterminados*”. (GRAU, 2011, p. 194).

Ainda mais contundente, sugere que “*aquilo que a nossa doutrina costuma chamar de um conceito indeterminado, em constante repetição de um bolero de Ravel insosso e sem nenhuma atualização bibliográfica, é “noção”, vale dizer, ideia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas, logo, passível de interpretação*”. (op. cit., p. 200).

Mais acuradamente, sustenta o autor que a indeterminação não é um atributo dos conceitos propriamente ditos – que em última análise seriam sempre, e por definição, determinados - mas, em verdade, dos termos que lhes designam. Dito de outra forma, ainda que o termo de um conceito fosse, em tese, indeterminado, o correlato conceito possuiria apenas uma significação, invariavelmente determinada.

Em suas exatas palavras, “*a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmos a termos indeterminados de conceitos e não a “conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*”. (op. cit., p. 200).

Eros Grau, portanto, parte de uma distinção entre *conceitos* e *termos*. Conceito é definido pelo autor como uma suma de ideias abstratas, porém necessariamente determinadas, que fazem referência a um dado objeto, coisa, estado ou situação. A determinação, pois, é um pressuposto do conceito, “*se é indeterminado o conceito, não é conceito*” (op. cit., 2011, p. 194).

Termos, por sua vez, são definidos como sinais linguísticos representativos de um conceito. As palavras escritas, os sinais corpóreos dotados de significância, as expressões vocálicas, portanto, seriam termos, responsáveis pela mediação de um dado objeto ao conjunto de ideias a ele referentes, vale dizer, aos conceitos.

Bem por isso, afirma Eros Grau que “*a reiteradamente referida indeterminação dos conceitos não é deles, mas dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de apenas uma significação*”. (op. cit., p. 194).

Tal posicionamento, no entanto, é fortemente criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o ilustre administrativista, a indeterminação, quando existente, será um atributo intrínseco aos conceitos, jamais das palavras que lhes designam.

Esclarece que, em sendo as palavras simples rotulagens que mediam determinado signo a um dado objeto do pensamento, não possuem elas outra densidade que a do objeto a que se referem. Dito de outro modo, um conceito indeterminado será rotulado, invariavelmente, por uma palavra indeterminada, assim como, sendo o mesmo determinado, a palavra que lhe designa também o será. (MELLO, 2015, p. 994/995)

Pondera, por fim, que fosse simplesmente a palavra a razão da indeterminação, bastaria substituí-la por outra ou criar uma nova para que a indeterminação fosse completamente eliminada e deixasse de ser um entrave à adequada aplicação do conceito. (MELLO, 2012, p. 21).

Nos exatos termos do autor:

Aliás, a respeito deste tópico dos conceitos fluídos, diga-se, de passagem, que surpreendentemente houve quem, nesse século, pretendesse que a fluidez é das palavras e não dos conceitos. Sendo universalmente sabido que as palavras são simplórios rótulos sobrepostos a objetos de pensamento, é de mediana obviedade que elas não possuem, em si mesmas, outra densidade que não (por via indireta) a do objeto a que se reportam; logo, só podem ser vagas e imprecisas se vago ou impreciso for o conceito que recobrem, assim como só podem ser precisas se preciso for o conceito recoberto, visto que elas próprias, as palavras, nada aportam ao objeto rotulado. (MELLO, 2015, p. 994/995).

“Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou criar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes “urgente”, “interesse público”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, “calvície” e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria a alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por outro conceito – já agora preciso, portanto, um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo”. (MELLO, 2012, p. 21)

Embora assista razão à Bandeira de Mello, tem-se que essa questão de fundo parece despida de qualquer relevância prática. Com efeito, tal filigrana reflete nada além da utilização de premissas metodológicas diversas pelas mencionadas doutrinas, sobretudo com a utilização de diferentes definições de “conceito” pelos autores.

Nada obstante, o termo “*conceito jurídico indeterminado*”, sem sombra de dúvidas, é o mais utilizado pela jurisprudência e doutrina nacional e mesmo pela estrangeira (*Unbestimmter Rechtsbegriff*, *conceptos jurídicos indeterminados*, *concetti giuridici indeterminati*, *notions juridiques indéterminées*, *indeterminate legal concepts*), não sendo raras as publicações de livros e artigos, nos mais variados ramos do Direito (v.g Ambiental, Tributário, Penal, Processual Civil, Administrativo), que abordem, precisamente, a temática dos “*conceitos jurídicos indeterminados*”.

Quanto a isto, a propósito, Bandeira de Mello é enfático e certo ao afirmar que o tema em foco “*é tratado em todas as doutrinas de todos os países do mundo como referente a “conceitos” vagos, imprecisos, elásticos, fluídos, indeterminados, práticos, em oposição aos conceitos teóricos, precisos, determinados – e não como referente a “palavras” vagas, fluidas, etc., em oposição a palavras precisas*” (MELLO, 2015, p. 995).

Assim, em que pesem as contundentes e refletidas críticas veiculadas na obra de Eros Grau, optar-se-á pelo emprego da designação “conceitos jurídicos indeterminados” e expressões equivalentes (v.g. conceitos fluidos, vagos, imprecisos, plurissignificantes) em vez de “termo indeterminado conceito”, a uma por serem aquelas as expressões as mais utilizadas no meio acadêmico nacional e estrangeiro e, a duas, porque a rígida distinção entre “conceitos jurídicos indeterminados” e “termo indeterminados de conceitos” é despida de qualquer relevância prática e, portanto, em nada poderia alterar as conclusões a que se pretende chegar.

2.1.2 A classificação dos conceitos jurídicos quanto às diferentes funções que desempenham na linguagem do Direito (conceitos jurídicos meramente formais, *regulae juris*, *fattispecie*)

Eros Grau, a partir das lições de Tullio Ascarelli¹, Massimo Meroni², Fábio Konder Comparato³ e Ernst Forsthoff⁴, propõe a distinção dos conceitos jurídicos em (i) conceitos meramente formais, (ii) *regulae juris* e (iii) conceitos tipológicos (*fattispecie*), conforme as diferentes funções que desempenham na linguagem jurídica e no discurso do direito.

Os conceitos jurídicos meramente formais são definidos enquanto aqueles que, “*abstraidos de uma realidade histórica própria, consubstanciam elementos que indicam uma série de proposições lógicas indispensáveis à estruturação de uma teoria geral do direito*”. (GRAU, 2011, p. 196).

Segundo o autor, os conceitos jurídicos meramente formais (v.g. “ônus”, “sujeito jurídico”, “direito”, “obrigação”, “autarquia”, “consórcio público”), constituem construções jurídicas abstratas e dissociadas de uma realidade histórica, política ou social. E, precisamente por não encontrarem correspondência terminológica na linguagem comum, tais conceitos demonstram-se indispensáveis à expressão de institutos específicos da ciência do direito.

Dito de outra forma, os conceitos jurídicos meramente formais podem ser definidos como abstrações linguísticas que, forjadas pelo Direito e componentes do jargão jurídico, possibilitam a veiculação de noções próprias à ciência jurídica.

Conforme leciona Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ao propor uma investigação zetética do problema da interpretação jurídica, as normas jurídicas, ao disciplinarem a conduta

¹ ASCARELLI, Tullio. Studi di Diritto Comparato in Tema di Interpretazione. Milano: 1952, Giuffrè Editore.

² MERONI, Massimo. La Teoria dell'Interpretazione di Tullio Ascarelli. Milano: 1989, Giuffrè Editore.

³ COMPARATO, Fabio Konder. Direito de recesso de acionista e sociedade anônima. RT 558/33 e ss. São Paulo: 1983, Revista dos Tribunais.

⁴ FORSTHOFF, Ernst. Studio di Diritto in Trasformazione. Milano: 1973, Giuffrè Editore.

humana, valem-se de signos linguísticos cujo uso oscila entre o aspecto onomasiológico (uso corrente para a designação de um fato) e aspecto semasiológico (significação normativa do conceito), sendo que a atribuição de significado técnico aos signos linguísticos se revela apropriada e necessária à obtenção da disciplina desejada. (FERRAZ JR., 2013, p. 220).

Também nesse sentido, destaca Eros Grau que a elaboração, o enriquecimento e o desenvolvimento dos conceitos jurídicos meramente formais afigura-se indispensável à expressão de valorações normativas, que, na ausência de esquemas formais adequados, poderia se tornar até mesmo impossível. (GRAU, 2011, p. 196).

Os *regulae juris*, por sua vez, “*consustanciam expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio. Limitam-se a exprimir, condensadamente, um sistema normativo a modo de autêntica estenografia⁵ legal*”. (op. cit., p. 196).

Assim como os conceitos jurídicos meramente formais, os *regulae juris* caracterizam-se enquanto construções propriamente jurídicas, na medida em que não se referem a uma classificação tipológica presente na linguagem comum. Vale mencionar:

“Assim, por exemplo, quando o Código Civil Brasileiro declara que “todo homem é capaz de direito e obrigações na ordem civil” (art. 2º) (cf. CC/2002, art. 1º), está empregando a palavra “homem” no seu sentido comum, que dispensa qualquer definição propriamente jurídica. Ao contrário, quando edita a regra de que “é nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz” (art. 145, I) (CC/2002, art. 166, I) o mesmo Código se utiliza de vários termos ou expressões que não encontram correspondência na linguagem comum, porque, justamente, não se referem a uma classificação tipológica da realidade social e sim àquilo que Ihering denominou “construções jurídicas”, isto é, conjuntos sistemáticos de normas, como “nulo”, “ato jurídico” e “pessoa absolutamente incapaz”. Esses últimos conceitos, correspondentes à *regulae* da sentença de Paulo, são mudos em matéria interpretativa, no sentido de que não podem constituir uma premissa para a solução do caso em espécie. O intérprete não pode partir de tais conceitos para extrair consequência jurídicas, mas deve, antes de tudo, perquirir qual o complexo de normas a que eles se referem e iniciar, então, a sua argumentação jurídica unicamente a partir desse conjunto normativo, condensadamente expresso pela *regulae*”. (GRAU, 2011, p. 197/198).

Nada obstante, mais que simples abstrações jurídicas dissociadas da realidade social, os *regulae juris* são conceitos que, no discurso do direito, cumprem a função de sintetizar e referir-se condensadamente a sistemas normativos.

⁵ Estenografia ou taquigrafia são processos de escrita que correm por meio da formação de sinais abreviativos convencionais, permitindo transcrever as palavras quase tão rapidamente quanto são pronunciadas. As palavras e mesmo orações inteiras são representadas por meio de ícones convencionais, permitindo sua posterior extração.

O *regulae juris* “*propriedade*”, por exemplo, incorpora em um único termo uma suma de ideais abstratas acerca do modo de aquisição de poderes, potestades e obrigações decorrentes da aquisição de uma posição jurídica subjetiva em relação a um determinado bem.

De igual forma, o termo “*licitação*” resume condensadamente um sistema normativo, expressando, em um só conceito, todo o conjunto de regras e princípios que regem o procedimento administrativo prévio e condicionante à contratação pública, que visa à escolha da proposta mais vantajosa à Administração, ao desenvolvimento nacional sustentável e à garantia da isonomia entre os participantes do certame.

Vale pontuar, pois, que a utilidade dos *regulae juris*, inclusos os conceitos de “*propriedade*” e “*licitação pública*”, consiste justamente na possibilidade de o operador do Direito, ao fazer menção a microssistemas jurídicos, poder se expressar de forma clara e objetiva, com enorme poupança de tempo e palavras.

Finalmente, os conceitos jurídicos tipológicos, denominados *fattispecie* pela doutrina italiana, “*são expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países; ligam-se a esquemas e elaborações de caráter lógico, bem como a preocupações e hábitos econômicos e às fés religiosas, à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e concepções de mundo*”. (GRAU, 2011, p. 197)

Os conceitos jurídicos tipológicos, diferentemente dos conceitos jurídicos meramente formais e dos *regulae juris*, encontram precisa correspondência terminológica na linguagem comum. Como assevera Fábio Konder Comparato, os conceitos jurídicos tipológicos não deixam de ser jurídicos, notadamente porque foram incorporados pelo legislador à previsão normativa. Nada obstante, seu conteúdo é inquestionavelmente extrajurídico, na medida em que se referem a uma classificação tipológica da realidade social. (COMPARATO, 1983, p. 33/37).

Destarte, atribuição de significância aos conceitos tipológicos (v.g., “reputação ilibada”, “interesse público”, “urgência”, “justo preço”), equivaleria à identificação *in concreto* das espécies de fato alcançadas pelo texto normativo.

A partir da classificação tripartite dos conceitos jurídicos, Eros Grau destaca que os ditos conceitos jurídicos indeterminados localizam-se, invariavelmente, na categoria dos conceitos tipológicos (*fattispecie*). Com efeito, os conceitos jurídicos meramente formais e os *regulae juris*, enquanto concepções jurídicas abstratas e instrumentais, não deveriam representar maiores problemas ao intérprete do direito, dificuldade esta que se desloca para o âmbito da inteligência dos conceitos tipológicos. (GRAU, 2011, p. 198)

Portanto, à vista do até aqui exposto, pode-se afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados expressam-se por termos presentes na linguagem comum que, ao serem

confrontados com classificações tipológicas presentes na realidade histórica, política e social, suscitam dúvidas quanto à sua aplicação, seja em razão de sua ambiguidade, seja em razão de sua imprecisão. (*op. cit.*, p. 198).

2.1.3 A classificação dos conceitos jurídicos quanto às diferentes formas de apuração de sua significância (conceitos técnicos, empíricos e de valor)

Em classificação complementar e não excludente em relação àquela proposta por Eros Grau, é possível distinguir os conceitos jurídicos (i) técnico-científicos, (ii) empíricos ou de experiência e (iii) conceitos de valor.

Conceitos jurídicos técnicos são definidos como aqueles que, por veicularem termos técnicos de outras áreas do conhecimento científico, marginais ao Direito, só são passíveis de interpretação mediante uma análise interdisciplinar de seu núcleo de significância, a ser desempenhada por órgãos técnicos especializados da Administração. (DI PIETRO, 2015, p. 259)

Como assevera Justen Filho, diante dos conceitos jurídicos técnicos, o administrador deve recorrer à ciência ou à técnica para estabelecer a providência adequada ao caso concreto, estando sua autonomia adstrita aos limites da discussão científica. Ao dar concreção com o conceito técnico, portanto, deve o administrador *“escolher uma dentre várias alternativas prestigiadas pelo saber científico, além de indicar os fundamentos pelos quais escolheu. Mais ainda, essa escolha precisará fundar-se em razões objetivas, atinentes tanto à credibilidade das diversas teorias como à conveniência em face dos interesses do jogo”*. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 257).

Exemplo claro de emprego de conceito técnico no âmbito do Direito Administrativo é o artigo 23, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a qual determina que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração Pública deverão ser fracionados em tantas parcelas quantas se mostrem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da *economia de escala*.

O conceito de *economia de escala*, pois, é empregado em sua acepção técnico-econômica. Em resumo, existe economia de escala quando a expansão da capacidade

de produtiva de uma determinada empresa⁶ acarreta em um aumento do produto econômico proporcionalmente maior que o dos custos totais de produção. Como resultado, observa-se uma queda gradativa dos custos médios de produção ao longo da expansão da capacidade produtiva da empresa.⁷ Em simplório exemplo, a produção de uma única folha de papel é, proporcionalmente, mais onerosa que a fabricação de uma resma inteira do mesmo produto.

Logo, ao definir o objeto da contratação pública, deve o administrador estar sempre ciente que, de um lado, a compra de uma grande quantidade de um determinado bem ou serviço pode restringir a competitividade do certame, na medida que afastará da licitação sociedades empresariais incapazes de fornecer tais bens ou serviços na quantidade desejada pela Administração. Por outro vértice, o fracionamento excessivo do objeto enseja risco de perda da economia de escala, diante da elevação do custo médio de produção dos bens. O encontro do ponto ótimo, pois, é decisivo para o atingimento de resultados econômicos positivos na contratação pública e, por corolário, para a consecução do interesse público.

Retomando-se, talvez ainda mais ilustrativo, o art. 38-A da Lei 9.605/1998, ao vedar a supressão de *vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica*, emprega em sua estrutura normativa uma pluralidade de conceitos técnicos, afetos às áreas de conhecimento biológico e geográfico, às quais deverá o aplicador do direito necessariamente socorrer-se, sob pena de inviabilizar a interpretação adequada dos conceitos técnicos empregados na previsão normativa.⁸

O que importa esclarecer, no entanto, é que o emprego de conceitos técnicos nos textos legislativos não se confunde com a veiculação de conceitos jurídicos indeterminados, notadamente porque, muito embora não seja possível ao operador do direito precisar-lhes aprioristicamente a significância e alcance, o recurso a outros ramos da ciência permite sua plena determinação frente ao caso concreto.

⁶ O termo empresa deve ser entendido aqui como atividade econômica profissionalmente exercida por meio da articulação dos meios produtivos para a produção, distribuição ou circulação de bens.

⁷ Em termos matemáticos, existe economia de escala se, diante do aumento dos fatores produtivos a produção aumenta mais do que proporcionalmente. Logo, se forem duplicados todos os fatores produtivos, a produção mais do que duplicará.

⁸ Vegetação primária do Bioma Mata Atlântica, por exemplo, nos termos da Resolução Conama 29/94, faz referência aos conjunto de espécies vegetais de máxima expressão do Bioma Mata Atlântica, com grande diversidade biológica, sendo os efeitos das ações antrópicas mínimos, a ponto de não afetar significativamente suas características originais de estrutura e de espécies, sendo que as espécies que caracterizam esse estágio sucessional são, principalmente: peroba-amarela (*Aspidosperma polyneuron*), óleo-de-copaíba (*Copaifera langsdorffii*), araribá (*Centropogon robustum*), ipê-roxo (*Tecoma heptaphylla*), pau-ferro (*Caesalpinia ferrea*), pau-de-cortiça (*Sterculia chicha*), ipê-amarelo (*Tabebuia* spp.), roxinho (*Peltogyne ongustiflora*), canela (*Ocotea* sp.), jequitibá (*Cariniana* sp.), louro (*Cordia trichotoma*), cedro-rosa (*Cedrela odorata*), jacarandá-caviúna (*Dalbergia nigra*), angico (*Piptadenia* sp.), vinhático (*Platymenia foliolosa*).

Na mesma toada, a imprecisão caracterizante dos conceitos jurídicos indeterminados não é atributo dos conceitos de experiência, também denominados conceitos empíricos. Segundo Di Pietro, “*quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada no seu sentido usual. É o caso de expressões como caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes*”. (DI PIETRO, 2015, p. 259).

A determinação dos conceitos de experiência, portanto, pressupõe que o intérprete da proposição jurídica se valha dos critérios objetivos práticos, extraídos da experiência comum, sem, contudo, conferir-lhes a característica indeterminação presente nos vocábulos jurídicos plurissignificantes. (KRELL, 2004, p. 26)

Os conceitos jurídicos indeterminados, portanto, inserir-se-iam no âmbito dos conceitos de valor, tais como o de “*interesse público*”, “*moralidade*” e “*utilidade pública*”, definidos como aqueles cuja interpretação perpassa necessariamente pela emissão de um juízo de valor por parte do intérprete da norma jurídica, na medida em que o recurso a outros ramos da ciência ou à experiência comum não seria suficiente à ponto de fulminar-lhes por completo a indeterminação. (DI PIETRO, 2015, p. 259).

A aplicação dos conceitos de valor, portanto, pressupõe a capacidade humana de valorar e o recurso aos padrões de valores vigorantes na sociedade, sem os quais não haveria possibilidade de concreção do conceito jurídico. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 259)

2.1.4 Definição de conceitos jurídicos indeterminados a partir da intersecção entre as modalidades de classificação dos conceitos jurídicos

Conforme alhures mencionado, a doutrina administrativista brasileira, em despeito às numerosas menções à temática dos conceitos jurídicos indeterminados, não desenvolve de forma exauriente, sequer satisfatória, uma definição de conceitos jurídicos indeterminados que permita estabelecer consensos prévios e fixar pontos de partidas aptos ao desenvolvimento de uma teoria geral relativa ao controle dos conceitos fluidos pelo Poder Judiciário.

Medauar fala em “*fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no privado, como, por exemplo, boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para as pessoas, ordem pública*”. (MEDAUAR, 2014, p. 133). Justen Filho define os conceitos jurídicos indeterminados como “*expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto*”. (JUSTEN FILHO 2014, p. 57)

Carvalho Filho lhes precisa enquanto “*termos ou expressões, contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma*”. Cita, por sua vez, Sérvulo Corrêa, que os resume em conceitos “*cujo âmbito de aplicação se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito*”. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 55/56)

Delimitando-se a zona de intersecção entre as propostas de classificação dos conceitos jurídicos até aqui apresentadas, no entanto, pode-se concluir que o termo “*conceitos jurídicos indeterminados*” designa todo aquele conceito jurídico, com correspondência semântica na linguagem comum, cuja intelecção perpassa pela emissão de um juízo de valor por parte do intérprete da norma jurídica aplicanda e pelo recurso ao padrão de valores vigentes na sociedade, sendo que, ao confrontar-se tal conceito com as classificações tipológicas presentes na realidade histórica, política e social, há intransponíveis dúvidas quanto à sua adequada aplicação ou exclusão ao caso em concreto, quer em razão de sua ambiguidade, quer em razão de uma imprecisão.

Mais que isso, os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com os conceitos jurídicos meramente formais e *regulae juris* precisamente por não consistirem em abstrações jurídicas atemporais dissociadas de uma realidade social, tampouco se igualam aos conceitos técnico-científicos e empíricos ou de experiência, haja vista que o recurso ao conhecimento interdisciplinar ou à experiência comum não se revela suficiente a ponto de dissipar-lhes completamente a ambiguidade ou imprecisão.

2.2 ESTRUTURA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: ZONA DE CERTEZA POSITIVA (*BEGRIFFKERN*), HALO CONCEITUAL (*BEGRIFFHOF*) E ZONA DE CERTEZA NEGATIVA

Para García de Enterría e Fernández, a estrutura dos conceitos indeterminados compreende (i) um núcleo fixo (*Begriffkern*), ou zona de certeza positiva, configurado por dados prévios e seguros onde não há dúvidas quanto à aplicabilidade dos conceitos, (ii) uma zona intermediária ou halo conceitual (*Begriffhof*), onde não se dá certeza quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto e, finalmente, (iii) a zona de certeza negativa, certa quanto à exclusão do conceito. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 396)

Em sentido semelhante, o eminente jurista argentino Genaro Carrió, em brilhante metáfora, pontua que, na concreção dos conceitos jurídicos indeterminados, há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os elementos típicos, frente aos quais não se duvida que a palavra é aplicável. Há também uma zona de obscuridade circundante onde se inserem todos os casos nos quais não se duvida que o conceito é inaplicável. O trânsito de uma zona a outra é gradual, ou seja, entre a luminosidade e o breu absoluto há uma zona de penumbra sem limites precisos. *“Paradoxalmente, a zona de penumbra não começa e nem termina em lugar algum e, sem embargo, existe”*. (CARRIÓ, 2013, p. 31-32)

Em arremate, os jusfilósofo Hebert Hart, em seu clássico “O conceito de direito”, aborda o assunto de maneira clara e autêntica, valendo-se de alegorias sobremaneira esclarecedoras:

Em segundo lugar, não é uma peculiaridade de termos complexos, como “direito” e “sistema jurídico”, que implica que sejamos forçados a reconhecer não só os casos padrão nítidos, mas também casos de fronteira cheios de interrogações. É agora um facto familiar (embora demasiadamente acentuado noutros tempos) que esta distinção deve ser feita no que toca a quase todos os termos gerais que usamos, ao classificar aspectos da vida humana e do mundo que vivemos. Algumas vezes, a diferença entre o caso padrão nítido ou paradigma é apenas questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valasse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático. Por vezes, o desvio do caso padrão é de facto complexo de elementos normalmente concomitantes, mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos de disputa. Um barco voador [hidroavião] é um navio? Ainda se trata de xadrez se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instintivas, porque nos obrigam a refletir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita, mas é claro que aquilo que se pode designar como aspectos de fronteira das coisas é demasiado trivial para poder explicar o longo debate acerca do direito” (HART, 1980, p. 5)

As alegorias de Hebert Hart, notadamente a do homem calvo, do hidroavião e do xadrez sem rainhas, embora não se refiram propriamente a conceitos jurídicos indeterminados, bem exemplificam os que se entende por zonas de incerteza ou halos conceituais, consistentes em zonas de penumbra que ocultam a incognoscível verdade quanto a aplicação ou inaplicação do conceito frente ao caso concreto. (HART, 1980, p.5)

Traçando-se um paralelo entre as alegorias de Hart e a temática dos conceitos indeterminados, no entanto, é possível esboçar exemplos que mais se aproximem à realidade do Direito Administrativo brasileiro, senão vejamos.

O artigo 25 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), combinado com artigo 13, inciso V, do mesmo diploma legal, define como inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos relativos ao patrocínio de causas judiciais ou

administrativas, nas hipóteses em que tais serviços sejam prestados por profissional ou empresa de *notória especialização*.

Ora, evidente que de um lado, um advogado que conta com primorosa formação acadêmica, ostenta numerosas publicações de livros e artigos científicos na área de especialização que se busca contratar, possui longa e consolidada atuação profissional e reconhecimento unânime pelos seus pares, deveria ser considerado de *notória especialização* e, portanto, localizado na zona de certeza positiva do conceito.

De outra banda, a contratação de um jovem recém-formado em Direito, egresso de uma universidade de qualidade questionável e com pífio desempenho acadêmico, seguramente, inserir-se-ia na zona de certeza negativa do conceito, onde não há qualquer dúvida quanto à não aplicação do conceito de *“notória especialização”*.

Entre as zonas de certeza positiva e negativa, no entanto, certamente existiriam inúmeros profissionais cujos atributos profissionais e acadêmicos despertariam infundável dúvida quanto à possibilidade de aplicação do conceito de *notória especialização*, casos estes enquadráveis no dito halo conceitual ou zona de incerteza dos conceitos jurídicos indeterminados.

Prosseguindo com os exemplos, o Decreto-Lei nº 25/1937, ao dispor sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, prevê o tombamento de *“bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”*.

Nestes exatos termos, a Catedral Metropolitana de Florianópolis, cuja construção foi finalizada em 1908, símbolo do povoamento definitivo da capital catarinense (à época denominada Desterro) e com valioso acervo de arte sacra, sobretudo pelas obras do artista tirolês Ferdinand Demetz, seguramente se enquadra na zona de certeza positiva do conceito de *“excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”*.

Ao revés, alguns metros distantes da Catedral Metropolitana, os inúmeros prédios comerciais construídos na região central da cidade, erguidos com o emprego de técnicas ordinárias de arquitetura e engenharia e sem qualquer peculiaridade que lhes justifique especial proteção, por se encontrarem na zona de certeza negativa do conceito, clarivamente não comportam tombamento.

Na zona de penumbra, no entanto, as casas de arquitetura lusitana que remanescem em Florianópolis, destacadamente aquelas que já foram parcialmente descaracterizadas pelo

tempo e ação antrópica, potencialmente ensejariam insolucionável dúvida quanto à aplicação do conceito de excepcional valor histórico, artístico e cultural.

No que tange à estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, por fim, merecem transcrição as igualmente esclarecedoras lições de Bandeira de Mello:

Com efeito, em primeiro lugar, tem-se que aceitar logicamente, por irrefragável imposição racional, que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim tem algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras. Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria um ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no "motivo legal") ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas. Isto significa que em inúmeros casos será indubitável que uma situação é, *exempli gratia*, urgente, ou que seguramente não o é; que há um interesse público relevante ou que certamente não há; que dado cidadão tem reputação ilibada ou não a tem; que possui ou não possui notável saber; que determinado evento põe em risco a segurança pública, a moralidade pública, a tranquilidade pública ou, pelo contrário, que não as molesta. É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto. (MELLO, 2012, p. 28/29).

Portanto, em progressiva limitação do âmbito de indeterminação dos conceitos jurídicos, pode-se afirmar que, assim como nem todos os conceitos jurídicos que suscitam apriorísticas dúvidas quanto à sua concreta aplicação são qualificáveis como “*indeterminados*”, mesmo aqueles conceitos que, de fato, o são, possuem zonas de objetiva determinação, sejam elas positivas ou negativas, nas quais não se questiona a aplicação ou exclusão dos conceitos quando do contraste com o fato tipológico, de sorte que a imprecisão é atributo exclusivo da zona de incerteza ou halo conceitual dos conceitos normativos fluidos.

2.3 REPERCUSSÃO JURÍDICA DA INDETERMINAÇÃO: TEORIA DA UNIVOCIDADE E TEORIA DA MULTIVALÊNCIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Se por um lado não há maiores dificuldades em aceitar-se que mesmo os conceitos jurídicos indeterminados abrigam zonas de certeza quando à sua aplicabilidade ou inaplicabilidade ao caso concreto, por outro, a concreta repercussão jurídica da imprecisão,

verificável na zona de incerteza ou halo conceitual do conceito jurídico indeterminado configura matéria assaz controversa na doutrina nacional e estrangeira, sendo possível falar em duas grandes teorias.

De um lado, parte considerável da doutrina entende que a eventual indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação no momento de sua aplicação, onde *só se permite uma unidade de solução justa em cada caso* (teoria da univocidade).

De outra banda, há quem defenda que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais implica na *pluralidade de soluções igualmente justas e válidas perante o direito* (teoria da multivalência).

2.3.1 Teoria da Univocidade

Para os eminentes administrativistas espanhóis García de Enterría e Fernández - quiçá os mais conhecidos defensores da teoria da univocidade, e nos quais se embasam a grande maioria dos autores brasileiros que defendem tal posicionamento - a eventual imprecisão dos conceitos jurídicos indeterminados só existe em um plano teórico-abstrato, dissipando-se, no entanto, quando do contraste do conceito com a hipótese concreta de aplicação. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 393).

O raciocínio, pois, é desenvolvimento da seguinte forma:

Por sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de maneira precisa e inequívoca. Por exemplo: a maioridade se produz aos dezoito anos; o prazo para interpor o recurso de alçada é de quinze dias; a aposentadoria se declarará ao completar o funcionário setenta anos. O número de dias assim precisados, estão perfeitamente determinados e a aplicação de tais conceitos nos casos concretos se limita pura constatação, sem que se suscite (uma vez determinado pela lei o modo do cômputo e efetuada a prova correspondente) dúvida alguma a respeito do âmbito material a que tais conceitos se referem. Pelo contrário, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta. Assim, procederá também a aposentadoria quando o funcionário padeça incapacidade permanente para o exercício de suas funções; boa-fé; falta de probidade. A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se tratam de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o

conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma "unidade de solução justa" em cada caso. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 393, grifos acrescidos).

A indeterminação dos enunciados jurídicos, portanto, traduziria nada além da impossibilidade física de o legislador referir-se abstratamente, de forma precisa e objetiva, à todas as hipóteses da realidade concreta.

Nada obstante, a impossibilidade de precisamento apriorístico dos conceitos jurídicos indeterminados jamais poderia implicar na multiplicidade de soluções jurídicas possíveis no momento da aplicação do conceito. Ao revés, o inerente ao conceito jurídico indeterminado, em qualquer que seja o setor do ordenamento jurídico, seria que a sua aplicação comportasse não mais que uma solução justa. (*op. cit.*, p. 394)

Os administrativistas espanhóis, neste ponto, são categóricos: à qualificação de circunstâncias concretas, os conceitos jurídicos indeterminados ou se aplicam, ou não se aplicam, não há terceira opção. A expressão latina *tertium non datur*, que significa justamente “terceiro não há”, sintetiza com absoluta precisão o pensamento de García de Enterría e Fernández e, por via de consequência, a teoria da univocidade dos conceitos jurídicos indeterminados por eles defendida. À luz do caso concreto, portanto, haveria não mais que uma solução válida perante o Direito.

As noções de "pobreza", "velhice", "notável saber", "má reputação", "urgência", "valor artístico ou cultural", neste contexto, embora pudessem comportar abstratamente uma pluralidade de significados, concretamente poderiam ser apenas aplicáveis ou inaplicáveis, sem meio termo ou terceira opção.

Equivale dizer, portanto, que a zona de incerteza ou halo conceitual dos conceitos jurídicos indeterminados existiria apenas em um plano teórico-abstrato, na medida em que os fatos tipológicos observáveis na prática inserir-se-iam, inesquivavelmente, ou na zona de certeza positiva ou na zona de certeza negativa dos conceitos.

Todavia, essa lógica binária – ou é 0, ou é 1 -, presente na doutrina da univocidade, não parece bem refletir a real complexidade da matéria, razão pela qual vem a ser frontalmente rebatida pelos adeptos da teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.3.2 Teoria da Multivalência

Para Bandeira de Mello, muito embora seja irrefragavelmente possível a parcial delimitação do âmbito de intelecção dos conceitos jurídicos indeterminados, é excessiva a afirmação de que, em toda e qualquer hipótese, o contraste das expressões legais plurivalentes com os casos concretos levados à apreciação do administrador público ganharia densidade suficiente a ponto de extirpar por completo as dúvidas quanto à sua aplicabilidade e de levar o aplicador da norma ao encontro de uma única solução possível legítima perante o direito, tese esta defendida pelos adeptos da teoria da univocidade. (MELLO, 2012, p. 22)

Dito de outra forma, seria impossível refutar que, na mais das vezes, existe a plena possibilidade de um conceito jurídico indeterminado abarcar mais de uma interpretação perfeitamente adequada perante o caso concreto, sem que, por consequência, uma destas intelecções deva ser considerada incorreta ou ilegítima.⁹

Em suas exatas palavras *“em inúmeras situações, mais de uma determinada intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente equivocado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”*. (MELLO, 2012, p. 22)

A liberdade intelectual, assevera o autor, jamais será plena. Noções imprecisas como as de "pobreza", "velhice", "notável saber", "má reputação", "urgência", "valor artístico ou cultural", porquanto passíveis de existir em graus e medidas variáveis, por óbvio, abrigariam situações típicas ou paradigmáticas, onde é objetivamente indiscutível a sua aplicabilidade ou inaplicabilidade do conceito.

Nada obstante, encravada em meio aos polos de inquestionabilidade da aplicação dos conceitos indeterminados, encontra-se uma inesquivável zona de incerteza, onde se inserem aquelas situações cujas opiniões conflitantes acerca de sua aplicabilidade não se podem rechaçar como objetivamente verdadeiras ou falsas.

Reportando-se às lições do jurista austríaco Bernatzik, Bandeira de Mello oportunamente pontua que *"existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexactidão da solução atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião,*

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello refuta expressamente a tese do *“Tertium non datur”* defendida por García de Enterría e Fernández.

mas não podem pretender que só eles estejam na verdade e que os outros tenham uma opinião falsa". (MELLO, 2012, p. 23)

Neste ponto, à propósito, verifica-se incomum convergência entre as doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Grau. Pondera o ex-Ministro que *“sempre, em cada caso, na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem “conceitos indeterminados” [vale dizer, noções], inexistente uma interpretação verdadeira [única correta]; a única interpretação correta --- que haveria então de ser exata --- é objetivamente incognoscível (é in concreto, incognoscível)”*.¹⁰

A roborar o posicionamento por si esposado no supracolacionado julgado, Eros Grau, ao referir-se às lições de García de Enterría e Fernández, leciona que *“embora convicto da correção das conclusões a que encaminhada a tese postulada, uma ressalva devo opor a um dos seus fundamentos, precisamente o que faz repousar na unidade de solução justa [...] cumpre prontamente observarmos que inexistem no âmbito do direito soluções exatas – uma para cada caso -, porém sempre, para cada caso, um elenco de soluções corretas”*. (GRAU, 2011, p. 202).

Tal posicionamento, saliente-se desde já, parece ser o que melhor se amolda à realidade jurídica, que, como visto, não comporta verdades absolutas, tampouco se compatibiliza com o radical reducionismo do *“tertium non datur”*.

Com efeito, um esforço intelectual por parte do administrador público pode, de fato, conduzi-lo à clara identificação de zonas de certeza positiva e negativa, nas quais é irrefutável a aplicabilidade ou inaplicabilidade da noção imprecisa. Nada obstante, ao adentrar-se no halo conceitual dos vocábulos jurídicos plurissignificantes, a pretensa *“única solução válida perante o Direito”* é incognoscível, vez que, nesta zona de penumbra, as interpretações realizadas pelo aplicador da norma não podem jamais ser objetivamente reputadas como certas ou erradas.

A respeito do tema, discorre Andreas Krell:

Na verdade, deve ser considerada ultrapassada a teoria segundo a qual a interpretação das normas jurídicas se opera através de um processo única e exclusivamente intelectual e que somente pode haver uma solução correta, como tem pregado a mais antiga doutrina germânica administrativista.

Na zona de incerteza de muitos conceitos, a cognição não parece ser apenas difícil, mas simplesmente impossível. Haberle criticou, já em um 1970, na sua obra *“O interesse público como problema jurídico”* a concepção demasiadamente estreita de interpretação e a ideia da possibilidade de apenas uma solução correta, que reinavam na doutrina e na jurisprudência da Alemanha sobre o controle dos conceitos indeterminados nas leis administrativas.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

Em relação a qualquer termo legal, que apresenta uma incerteza conceitual, a interpretação cognitiva combina-se, necessariamente com ato volitivo do aplicador do texto jurídico através do qual ele cria o Direito para o caso concreto ou aplica uma sanção.

Segundo Alexy, uma afirmativa jurídica é correta se ela pode ser o resultado de um procedimento específico, que é o discurso racional. Enfim, torna-se evidente que as decisões jurídicas não são obtidas pura e simplesmente dos conceitos legais através do silogismo lógico formal. (KRELL, 2004, p. 39)

Desta feita, a aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo diante de situações concretas inseríveis em seus halos conceituais não pode ser deduzida por um simples juízo silogístico lógico-formal, que pretensamente conduziria o intérprete a resultado jurídico certo, único e absoluto.

Dito de outra forma, em sendo a vagueza a antítese da cognoscibilidade, a atuação concreta dos conceitos fluidos irrefragavelmente não se dá por meio de simples operações lógico-dedutivas; ao revés, a dedução da aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, em suas zonas de incerteza, pressupõe atos interpretativos cognitivos combinados com atos de liberdade intelectual do aplicador, haja vista que *“em um vazio semântico” é impossível uma interpretação meramente cognitiva; o que ocorre é uma integração ou complementação da hipótese incompleta da norma (Tatbestandserganzung)”* (KRELL, 2004, p. 38).

Por tais razões, em que pese a ampla aceitação pela doutrina nacional da doutrina da univocidade – conforme demonstrar-se-á adiante –, deve a ela sobrepor-se a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados.

3. DISCRICIONARIEDADE, VINCULAÇÃO E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

3.1 VICISSITUDES E IDIOSSINCRASIAS NO TRATAMENTO DA TEMÁTICA PELO DIREITO BRASILEIRO

A temática do controle judicial da Administração Pública sempre esteve intimamente ligada às noções de vinculação e discricionariedade. Com efeito, a despeito da ampla divergência jurisprudencial e doutrinária quanto à possibilidade, os limites e a efetiva extensão da sindicabilidade da atividade administrativa e relevada a desuniformidade de premissas e métodos adotados pelos autores nacionais para a abordagem do tema, pode-se afirmar que há um mínimo consenso no sentido de que a forma de concepção dos atos administrativos - que ora perpassa por juízos de discricionariedade, ora por juízos de vinculação, conforme a variante densidade normativa dos regramentos que lhes possibilitam a prática - é elemento cerne na delimitação da esfera de controle judicial sobre eles incidentes.

Nada obstante, o velho antagonismo entre atos administrativos vinculados e discricionários tem-se mostrado insuficiente à resolução das controvérsias práticas que batem cotidianamente às portas dos tribunais pátrios, os quais, diante do anêmico aporte metodológico conferido pela mencionada dicotomia, tem coadunado, por vezes, com a intromissão do Judiciário nos espaços de atuação legitimamente conferidos pelo legislador ao administrador público, e, por outras, fechado os olhos para as flagrantes ilegalidades praticadas através do deturpado exercício da função administrativa, invocando o mantra da impossibilidade de ingresso do Judiciário no mérito administrativo, dogma que há tempos reverbera e ganha corpo, talvez de maneira pouco refletida, na jurisprudência brasileira.

Ademais, a riqueza da linguagem dos textos legais e, sobretudo, o flagrante descompasso entre as reais proposições jurídicas de Direito Administrativo e os limitados modais proposicionais teóricos defendidos pela doutrina tradicional, do tipo (i) “*ocorrendo motivo M, sujeito S deve praticar ato consistente em O, em estrita obediência ao procedimento F, sempre atento à finalidade F², correspondente em última análise ao interesse público*” ou (ii) “*ocorrendo os motivos X ou Y, sujeito S deve realizar Z ou W, em estrita obediência ao procedimento F, sempre atento à finalidade F², correspondente em última análise ao interesse público*”, nos levam cada vez mais a problematizar a noção do purismo dos atos administrativos e a flexibilizar sua correlata classificação bipartite em discricionários ou vinculados.

Dito de outro do modo, são raros os exemplos de proposições jurídicas em direito administrativo que estabeleçam com a precisão cirúrgica suposta pelos modais proposicionais teóricos qual situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta específica, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável perante aquela situação de fato, devem ser observados pelo agente público exercente de função administrativa com vistas à consecução do interesse público, também pretensamente único. (MELLO, 2012, p. 16).

A incompletude técnica da criticada definição tradicional de vinculação e discricionariedade se torna ainda mais evidente quando nos deparamos com conceitos jurídicos indeterminados.

É sabido que muitos dos autores que se debruçam sobre a temática do controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados buscam, em um primeiro momento, enquadrar a atividade administrativa interpretativa e atuadora dos vocábulos plurissignificantes no âmbito da vinculação da Administração, para, em um segundo momento, defender o amplo e irrestrito controle judicial sobre ela incidente.

Tal metodologia, no entanto, não parece ter surtido os efeitos desejados na medida em que, ao negligenciar a irrefutável existência de certa liberdade intelectual na concreção dos conceitos fluidos, acaba por tão somente trasladar tal liberdade do âmbito administrativo para o âmbito judicial, sem, contudo, enfrentar o real problema de estipular balizas práticas aptas a nortear o controlador externo na tarefa de extirpar do mundo jurídico os atos administrativos concretizados de noções vagas concebidos a partir de intelecções absurdas ou com máculas de legalidade, justificando, pois, uma análise da matéria sob outra perspectiva. (ALEXY, 2012, p. 19).

Como outrora escrevera Ingenieros:

Evoluir é variar. Na evolução humana, o pensamento varia incessantemente. Toda variação é adquirida por temperamentos predispostos; as variações úteis tendem a conservar-se. A experiência determina a formação natural dos conceitos genéricos, cada vez mais sintéticos; destes, a imaginação abstrai certos caracteres comuns, elaborando ideias gerais que podem ser hipóteses acerca do evoluir incessante: assim se formam os ideais, que, para o homem, são normativos da conduta, de conformidade com suas hipóteses. Eles não são apriorísticos, e sim induzidos de uma vasta experiência; sobre esta se alça a imaginação para prever o sentido no qual a Humanidade varia. Todo ideal representa um novo estado de equilíbrio entre o passado e o futuro.¹¹

Assim, baseado nas novas perspectivas defendidas pela doutrina administrativista nacional, temperadas pela adição de elementos derivados do estudo do direito público

¹¹ INGENIEROS, José. O Homem Mediocre. Pequeno Ensaio de Moral e Ética. Curitiba: Juruá, 2007. Tradução por Nélia Maria Pinheiro Padilha von Tempski-Silka.

comparado, propõem-se novas modalidades de abordagem do tema, problematizando-se a referida distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, que parece prevalecer na doutrina nacional.

Longe de pretender o esgotamento do debate ou de almejar a criação de conceitos findos e acabados de discricionariedade e vinculação, busca-se neste Capítulo situar o atual estágio de desenvolvimento da doutrina e jurisprudência nacional, delinear o contexto histórico, político e social no qual se insere o debate acerca de vinculação, discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, apontar as razões de ordem teórica e prática para a existência de espaços de livre atuação administrativa no ordenamento jurídico nacional para então, a partir do confronto com a mais moderna doutrina administrativista nacional e das lições de juristas estrangeiros, problematizar a falha dicotomia entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados e a sua pouca contribuição à tarefa de precisar os limites do controle judicial incidente sobre os atos administrativos concretizadores de vocábulos legais plurissignificantes.

3.2 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

A distinção entre os atos expedidos no exercício da competência vinculada daqueles praticados no desempenho da competência discricionária é clássica e relativamente bem sedimentada. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello “*sobre este tema já se verteram rios de tinta*”. (MELLO, 2012, p. 9)

Nada obstante, a breve exposição da matéria e, mais acuradamente, das sutis e pontuais zonas de controvérsia que permanecem insuperadas pela doutrina administrativa, mostra-se sobremaneira oportuna, mormente porque permitirá estabelecer as premissas básicas em torno das quais se desenvolverão as linhas mestras, norteadoras do controle judicial dos atos administrativos concretizadores dos conceitos jurídicos indeterminados.

Pelos mesmos motivos, imperioso também expor-se as razões práticas e jurídicas para a existência de espaços de liberdade administrativa na legislação brasileira e a correlata definição do que se entende por “mérito administrativo”, sob pena de, ao inadequadamente precisar-lhe o conteúdo, transformar a discricionariedade administrativa no que o jurista suíço Hans Huber definira como o cavalo de Troia do Direito Administrativo (*dem trojanische Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*).¹²

¹² HUBER, Hans. Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in Demokratie und Rechtsaat, Zürich, 1953, p. 59.

3.2.1 Diferenciação apriorística entre discricionariedade e vinculação a partir da orientação doutrinária tradicional

O estudo da temática relativa à discricionariedade e vinculação é proposto de diferentes formas pela doutrina nacional.

A clássica lição de Hely Lopes Meirelles, autor fortemente influenciado pela doutrina administrativista francesa de sua época, aborda discricionariedade e vinculação, simultaneamente, como poderes administrativos e elementos de classificação dos atos administrativos. (MEIRELLES, 2014, p. 130 a 135).

O ilustre administrativista paulista define Poder Vinculado ou Regrado como o conjunto de prerrogativas conferidas pelo Direito Positivo à Administração Pública para a prática de atos de sua competência, com a estipulação de elementos e requisitos necessários à sua formalização, contrapondo-o ao Poder Discricionário, que define como aquele atribuído à Administração, explícita ou implicitamente, para a prática de atos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

O autor propõe, outrossim, a classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários, a partir da verificação dos elementos que lhes compõem, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo e objeto¹³. Afirma que os elementos competência, finalidade e forma dos atos administrativos serão sempre vinculados, porquanto ninguém poderia exercer poder administrativo sem competência, desviado do seu objetivo público ou com preterição dos requisitos ou do procedimento estabelecido em lei, ao passo que os elementos motivo e objeto podem ser discricionários, a depender da legislação que lhes regule a prática.

Em complemento, alerta que mesmos nas hipóteses em que o motivo e o objeto do ato administrativo forem discricionários, ainda ali haverá limitações à liberdade administrativa, impostas estas tanto pelo próprio plexo de normas jurídicas, quanto pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração que, em última análise seriam preceitos de moralidade administrativa.

¹³ A menção aos elementos competência, finalidade, forma, motivo e objeto remete à Lei de Ação Popular, que em seu artigo 2º estabelece: “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

Partindo de tais premissas, adverte que a existência de atos puramente regrados não é usual, sendo que a caracterização da vinculação ou discricionariedade se dá com a predominância ou não de especificações da lei sobre os elementos deixados livre para a administração. Desta sorte, preponderando estas sobre aquelas, estaremos diante do exercício de poder discricionário e, na hipótese inversa, diante do exercício de poder vinculado.

Leciona que, no exercício do Poder Vinculado, a liberdade de atuação do agente administrativo é mínima, porquanto o exercente da atividade fica inteiramente adstrito ao enunciado da lei, em todas suas especificações, cabendo-lhe observar fielmente os requisitos expressos como da essência do ato vinculando sob pena de, omitindo ou diversificando tais exigências (nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicado), vê-lo invalidado pela própria Administração, no exercício do Poder de autotutela, ou pelo Judiciário, enquanto controlador externo da atividade administrativa.

Diversamente, em se tratando de exercício do Poder Discricionário, existe parcial liberdade de atuação administrativa que jamais se poderá confundir com arbitrariedade¹⁴, pois, enquanto discricionariedade consiste na liberdade de atuação dentro dos balizados pelo legislador, o arbítrio seria a ação administrativa contrária e excludente da lei, que, por corolário lógico, afigura-se ilegítima e inválida perante o ordenamento jurídico.

Abordagem semelhante e complementar à de Hely Lopes Meirelles é adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, em apertada síntese, afirma que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelecer uma única solução jurídica possível diante de determinada situação fática e discricionária quanto puder a Administração, por expressa previsão legal, escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas igualmente válidas perante o Direito – indiferentes jurídicos - segundo critérios de conveniência e oportunidade. (DI PIETRO, 2015, p. 255)

Di Pietro leciona, ademais, que a discricionariedade possui como fonte a própria lei, que, em determinadas hipóteses, legitima o agente administrativo a atuar com certa liberdade. Verifica três hipóteses das quais se origina a discricionariedade: (i) quando a lei *expressamente* a confere liberdade de atuação e legitima previamente as escolhas da Administração. Exemplo desta hipótese seria a norma que permite a remoção de ofício do servidor público *a critério da Administração*, para atender à conveniência do serviço¹⁵; (ii)

¹⁴ Neste ponto da exposição, recorre às valiosas lições do administrativista francês Gaston Jèze, parafraseando-lhe a advertência “*il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire*” (não se pode confundir poder discricionário com poder arbitrário, em tradução livre). (MEIRELLES, 2014, p. 133).

¹⁵ Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede. *Parágrafo único*. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de

quando a lei é omissa, dada a impossibilidade de se prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação. Em tais ocasiões, a autoridade administrativa poderá preencher a lacuna normativa de acordo com princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico¹⁶ e (iii) quando a lei estabelece determinada competência para a prática de um ato administrativo, mas não discrimina a conduta específica a ser adotada. Segundo a autora exemplos dessa hipótese são usuais na matéria de Poder de Polícia, haja vista que seria impossível à Lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde. (op. cit., p. 256)

A ilustre administrativista, no entanto, irá relativizar os ensinamentos de Meirelles quanto à classificação dos elementos dos atos administrativos em necessariamente vinculados (competência, finalidade e forma) e discricionários (motivo e objeto).

Enquanto Meirelles (2014, p.132) afirma que competência, finalidade e forma dos atos administrativos serão elementos sempre vinculados, porquanto, como visto, ninguém poderia exercer poder administrativo sem competência, desviado do seu objetivo público ou com preterição dos requisitos ou do procedimento estabelecido em lei, Di Pietro (2015, p. 257/258) sustenta que finalidade e forma podem, em determinadas situações, serem discricionárias.

Isto porque, muito embora a *finalidade* dos atos administrativos seja sempre, em última análise, a satisfação do interesse público, é certo que o exercício da função administrativa almeja também resultados específicos, os quais, sendo omitidos ou definidos genericamente pelo legislador, culminarão com a atribuição de competência discricionária à Administração Pública quanto à finalidade do ato. “*Por exemplo: a autorização para fazer reunião em praça pública será outorgada segundo a autoridade competente entenda que ela possa ou não ofender a ordem pública*”. (op. cit., p. 257).

remoção: **I - de ofício, no interesse da Administração** [...]. (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com redação dada pela Lei 9.527 de 10 de dezembro de 1997). (grifos nossos)

¹⁶ A autora complementa afirmando que “Um primeiro aspecto ao qual concerne a discricionariedade é o concernente ao momento da prática do ato. **Se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim.** Dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões, com ou sem sanções para o caso de seu descumprimento; às vezes, a lei estabelece que o vencimento do prazo implica consequência determinada, como ocorre com o prazo de 15 dias para que o Executivo vete ou sancione projeto de lei aprovado pelo Legislativo: vencido o prazo, o silêncio o Executivo implica sanção do projeto (art. 66, § 3º, da Constituição). Nessas hipóteses, há uma limitação quanto ao momento da prática do ato, mas ainda assim persiste a discricionariedade, porque, dentro do tempo delimitado, a autoridade escolhe o que lhe parece mais conveniente”. (DI PIETRO, 2015, p. 257, grifos acrescidos).

De igual sorte, a legislação pode deixar a cargo da Administração a possibilidade de eleição de uma entre duas ou mais *formas* de praticar de determinado ato. Exemplificando, a autora menciona que o ato de celebração de contratos administrativos pode se dar, em certas situações, por meio de nota de serviço, ordem de empenho ou carta de autorização, a critério da Administração. A ciência de determinados atos administrativos, de igual forma pode ser dar por meio de publicação oficial ou notificação direta. Nessas hipóteses, portanto, a *forma* do ato seria também discricionária.

Nada obstante, ressalvados tais temperamentos, a doutrina de Di Pietro em muito pouco irá excepcionar as noções de vinculação e discricionariedade trabalhadas por Hely Lopes Meirelles. Com efeito, muito embora Di Pietro sustente a possibilidade de haver potestade discricional nos elementos finalidade e forma, afirmará que é nos motivos e no conteúdo dos atos administrativos onde mais comumente se localiza a discricionariedade. (op. cit., p. 258).

A propósito, a distinção entre poder discricionário e arbitrário, a conceituação de discricionariedade enquanto Poder Administrativo, a utilização das noções de vinculação e discricionariedade enquanto elementos de classificação dos atos administrativos (v.g. “*atos discricionários e atos vinculados*”), ou a menção a elementos discricionários (motivo e objetivo) e vinculados (finalidade, forma e competência), encontram-se também presentes nas obras de Odete Medauar (2014, p. 126 a 127), José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 51 a 53 e 131), Márcio Pestana (2010, p. 251 e 278) e Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 214 e 215), os quais em muito pouco irão se distanciar dos clássicos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

3.2.2 Crítica à orientação tradicional

Refratário à orientação tradicional, Justen Filho define discricionariedade como “*um modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico*”. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 223)

Ao falar em “modo de disciplina normativa”, o autor busca enfatizar que não existe própria e tecnicamente um “poder discricionário”, pretensamente inerente à função administrativa. Em verdade, existem diferentes modos de disciplina normativa, atribuídos, pois,

pelo *Direito* ao disciplinar o desempenho da função administrativa, definidos como discricionários ou vinculados.¹⁷

O autor manifesta também contrariedade aos conceitos de “ato discricionário” e “ato vinculado” adotados pela doutrina administrativa majoritária. Afirma, a esse propósito, que não existe disciplina normativa que institua de modo absoluto a vinculação e a discricionariedade no exercício de uma função administrativa.

Ao revés, a disciplina legal adota diferentes graus de vinculação e discricionariedade, que podem se manifestar quanto a certos aspectos do ato, mas certamente não quanto à totalidade deles. Por corolário, conclui que a afirmação de que determinada atividade administrativa é vinculada ou discricionária não passa de uma simplificação terminológica que, se por um lado é capaz de facilitar a comunicação, por outro, não permite delinear de forma mais acurada o real grau de autonomia administrativa atribuído por lei ao agente público. (*op. cit.*, p. 228).

Na mesma esteira, Andreas J. Krell sugere que a qualificação dos atos administrativos em plenamente vinculados ou plenamente discricionários parece remontar aos equívocos da Escola da Exegese, ao pressupor que as normas legais serviriam de prontuários completos e não lacunosos para dar soluções aos casos concretos cabendo ao aplicador um papel subalterno de, automaticamente, executar os comandos prévios e exteriores de sua vontade. (KRELL, 2004, p. 27)

Por fim, a corroborar-lhes, Celso Antônio Bandeira de Mello sugere que muitos dos institutos de Direito Administrativo, entre eles o da discricionariedade, têm sido desenvolvidos pela doutrina em torno da ideia de poder, o que reputa equivocado e até mesmo paradoxal. Para o autor, o mais acertado seria articulá-los em torno da noção de *doverosità*, ou seja, do *dever* de alcançar a finalidade a ser cumprida. (MELLO, 2012, p. 14/15)

Dito de outra forma, a concepção tradicional de discricionariedade, ao enfatizar a noção de poder, leva à equivocada presunção de que quando à lei outorga liberdade administrativa ao agente público, legitima-o a fazer escolhas livres, na suposição de que qualquer das alternativas comportadas pela norma em abstrato seria de indiferente aplicação no caso concreto, enquanto o mais acertado seria entender a discricionariedade como um veículo

¹⁷ Também nesse sentido, os administrativistas espanhóis García de Enterría e Fernández (1991, p. 390) destacam que “esta avaliação subjetiva não é uma faculdade extralegal, que surja de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; é pelo contrário, uma estimativa cuja relevância vem de ter sido chamada expressamente pela lei que configurou a potestade e que a atribui à Administração justamente com esse caráter”.

instrumental impostergável para propiciar à Administração Pública o cumprimento de seu dever de alcançar a finalidade legal. (*op. cit.*, p. 15)

De igual forma, o autor critica a menção a atos discricionários ou vinculados, afirmando que muito embora seja corriqueiro o emprego dessas expressões, elas devem ser compreendidas como uma forma elíptica de se referir aos atos praticados no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns aspectos da prática do ato administrativo.

Nas palavras do autor, *“o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas produto do exercício dela. Então a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele, logo não é ele que é discricionário”*. (*op. cit.*, p. 18).

Sugere, ademais, que tal simplificação de linguagem tem levado a inúmeras desnecessárias confusões e despertado a enganosa sugestão de que existe uma radical antítese entre os atos de uma ou de outra destas supostas categorias antagônicas.

3.2.3 Conclusões preliminares a partir do confronto entre as orientações doutrinárias

A partir do confronto entre as doutrinas até aqui apresentadas e da reflexão acerca das sutis controvérsias existentes, é oportuno tecer alguns comentários relativos ao tema vinculação e discricionariedade, fixando-se, paralelamente, importantes premissas teóricas, impreteríveis ao regular desenvolvimento do raciocínio.

A primeira conclusão a que se pode chegar é a de que a discricionariedade decorre de lei e só existe nos limites por ela traçados, não havendo, pois, falar em um poder discricionário próprio e inerente à Administração Pública, anterior ou alheio ao Direito.¹⁸ Com efeito, a ação administrativa excludente ou independente de legislação que lhe faculte a prática jamais poderá ser reputada como discricionária, mas, arbitrária e, portanto, inválida perante o ordenamento jurídico.

¹⁸ Quanto a isto, embora veja-se com ressalvas a noção de “Poder Discricionário”, concorda-se com Medauar (2014, p.127) quando afirma que na atualidade, diferentes expressões são utilizadas para designar a matéria: poder discricionário, atividade discricionária, discricionariedade. Se considerarmos de modo rigoroso o sentido desses vocábulos, o poder discricionário seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; atividade discricionária refere-se ao exercício de funções com utilização de poder discricionário enquanto discricionariedade é a própria possibilidade de escolha. No entanto, o uso indistinto dessas expressões não implica erro, facilitando a exposição do tema que, em essência, e o mesmo nas denominações.

Segundamente, é possível afirmar que os “atos administrativos vinculados” e os “atos administrativos discricionários” não se diferenciam quanto à sua natureza intrínseca e, por corolário lógico, não constituem categorias antagônicas no estudo do Direito Administrativo.

Em verdade, a vinculação dos agentes administrativos ao texto legal sempre existirá em certa medida, admitindo simples variação quanto à sua intensidade. De outro vértice, a disciplina normativa raramente será exaustiva, cabendo ao exercente da função administrativa, invariavelmente, certa margem de legítima atuação.

Dito de outra forma, a decisão administrativa oscila entre polos de plena vinculação e de plena discricionariedade, dificilmente encontrados na prática legislativa. Entre estes polos, pois, a intensidade vinculatoria e a potestade discricional podem ser maiores ou menores, mas invariavelmente estarão presentes.

Paralelamente, deve-se destacar que a qualificação do ato administrativo em discricionário ou vinculado não determina a possibilidade ou não de sobre ele incidir o controle judicial. Com efeito todo e qualquer ato administrativo é sindicável pelos tribunais, existindo simples variação quanto à extensão desta sindicabilidade.

Adiante, pode-se também afirmar que, embora a diminuição da intensidade vinculatoria seja mais comumente encontrada nos elementos motivo e objeto do ato administrativo, nada impede que haja liberdade de atuação administrativa quanto a finalidade, forma e competência, devendo ser igualmente rechaçada a noção de elementos puramente vinculados e elementos discricionários dos atos administrativos.

Por fim, e talvez mais significativo para este trabalho monográfico, deve-se deixar bem claro que a diminuição da intensidade vinculatoria da Administração Pública ao texto legal pode se operar através de diferentes técnicas legislativas. Ora, é certo que em determinados casos o legislador expressamente concede ao agente público espaços de livre atuação administrativa. Muito mais comum, no entanto, é a omissão de determinados elementos concernentes à prática do ato ou a sua parcial delimitação por meio do emprego de conceitos vagos ou imprecisos.

Partindo de tais premissas, restar-nos avaliar, em um primeiro momento, se a redução da intensidade vinculatoria decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados é de tal forma relevante a ponto de inserir-lhes no âmbito da discricionariedade administrativa ou se, na hipótese contrária, devem ser os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados serem tratados como se vinculados fossem.

Concomitantemente, em sendo a diferenciação entre discricionariedade e vinculação de simples gradação, e não de natureza ou substância, cumpre também questionar qual a efetiva ressonância jurídica desta diferenciação sobre o controle judicial sobre eles incidente.

3.3 A CONCREÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA OU VINCULADA?

A polêmica quanto à inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da discricionariedade ou vinculação administrativa não é recente, tampouco adstrita ao Direito brasileiro. Com efeito, as origens do debate remontam ao século XIX e repercutem na doutrina administrativista de boa parte dos pais de tradição jurídica romano-germânica e anglo-saxônica. Todavia, em despeito ao que muito já se escreveu sobre o assunto, a matéria permanece assaz controversa, justificando, pois, uma acurada abordagem da temática.

Antes de qualquer outra coisa, deve-se salientar que as teorias da univocidade e multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, mencionadas no capítulo anterior, e as doutrinas da segregação rígida ou flexível dos fenômenos jurídicos indeterminados, que serão abordadas ao longo dos próximos, embora não coincidentes, revelam-se intimamente relacionadas.

Com efeito, os que advogam pela teoria da univocidade e identificam a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados como um processo interpretativo que conduz o aplicador da norma à uma única solução válida perante o direito, por irrefragável imposição lógica, defendem uma ferrenha distinção entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados. Por óbvio, partindo-se do pressuposto que a indeterminação dos conceitos fluidos não concede ao administrador público qualquer margem liberdade no momento de sua atuação prática, não haveria, em tese, falar em discricionariedade administrativa pelo emprego dos conceitos jurídicos indeterminados.

De outra banda, os que advogam pela multivalência dos conceitos fluidos, salvo pontuais exceções, tendem a flexibilizar ou mesmo negar a diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, referindo-se aos mesmos enquanto técnicas legislativas congêneres.

3.3.1 Bernatzik, Tezner e a gênese da discussão no direito continental

A discussão acerca da natureza dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados e, mais precisamente, da sua classificação em discricionários ou vinculados, remonta à Escola de Viena do século XIX, que foi palco do debate entre Bernatzik e Tezner¹⁹.

Para Bernatzik, em síntese, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais culminava na atribuição de competência discricionária à Administração Pública e na insindicabilidade da decisão adotada pelo agente estatal perante os tribunais administrativos.

Segundo leciona o ilustre jurista e historiador lusitano Antônio Francisco de Sousa, Bernatzik pretendia, sob o conceito de discricionariedade, englobar todo aquele tipo de decisão que, embora não necessariamente implicasse na liberdade de seleção de uma dentre duas ou mais opções de mérito, conforme critérios de conveniência e oportunidade, possibilitasse ao aplicador da norma amplo espaço de atuação intelectual, decorrente da elevada complexidade das premissas factuais constantes da proposição jurídica. (SOUSA, 1994, p. 105).

Em linhas gerais, Bernatzik, entendia que os conceitos fluidos (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*), tais como o de interesse público, teriam de ser preenchidos por órgãos administrativos especializados, segundo critérios técnico-intelectivos próprios dos agentes estatais. (RODI, 2014, p.14)

Defendia, ademais, que a decisão administrativa que operasse concretamente os vocábulos jurídicos plurissignificantes, excepcionados os casos em que o administrador houvesse agido com manifesta violação ao dever legal, deveria ser imune à revisão pelos tribunais, haja vista que o Judiciário não dispunha da mesma experiência e prática que os agentes da Administração.²⁰ Na concepção de Bernatzik, “[...]de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica”. (*op. cit.*, p. 106)

Partindo de tais premissas, conclui que, em razão de sua experiência prática, do seu *know-how* e pelo seu contato direto com a realidade do cotidiano da Administração Pública, os exercentes da atividade administrativa, antes de quaisquer outros, estariam em condições de reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se

¹⁹ Vide E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886 e F. TEZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888.

²⁰ Bernatzik sosteneva in particolare che il giudizio relativo all'applicazione di regole imprecise è di carattere problematico ed opinabile, per cui occorre una competenza tecnica di cui solo il funzionario dispone, con il corollario che tale giudizio sarebbe insuscettibile di controllo giudiziale, a meno che il funzionario abbia agito contro i doveri d'ufficio. (RODI, 2014, p.14)

defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e distanciados da realidade da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião à da autoridade administrativa.

Refratário às proposições de Bernatzik, Tezner propunha um controle objetivo, por parte dos tribunais, de todos os conceitos normativos constantes das leis que regiam a relação entre a Administração Pública e os cidadãos, inclusos os conceitos fluídos. (KRELL, 2004, p. 30)

Tezner rebate a noção de discricionariedade defendida por Bernatzik e propõe uma nova conceituação da potestade discricional, consistente na possibilidade de seleção de uma determinada forma de atuação, considerada mais oportuna por parte da Administração, dentro de um universo de várias soluções igualmente admissíveis juridicamente, em face de uma determinada situação de fato.²¹

O jurista austríaco, em apertada síntese, sustentava que os conceitos jurídicos indeterminados pertenciam ao âmbito da vinculação administrativa, de sorte que, ao deparar-se com eles, a *“autoridade administrativa deveria considerar apenas o seu sentido legal, decidindo pela sua verificação ou não. [...] não existe espaço residual pertencente exclusivamente à Administração, sendo o critério geral para a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a “opinião comum”* (SOUSA, 1994, p. 34).

A sindicabilidade dos atos jurídicos que dessem concreção aos conceitos jurídicos indeterminados, na concepção de Tezner, era excetuada pelas hipóteses de leis de eficácia interna, cujos efeitos estariam adstritos à própria administração.

Isto porque, segundo Tezner, as proposições jurídicas de direito administrativo destinadas à proteção dos direitos individuais possuíam caráter estritamente vinculante, de sorte que a fixação do conteúdo da norma, em tais hipóteses, exigiria um trabalho de aplicação de conceitos científicos e de concepções dominantes no seio da comunidade em geral, não admitindo, ao revés, a adoção de critérios próprios relativos aos elementos ditos extrajurídicos de conveniência e oportunidade, sob pena de invalidação judicial do ato administrativo.

De outra banda, tratando-se de leis de eficácia adstrita à própria Administração, vislumbrava-se a possibilidade dos conceitos fluídos atribuírem discricionariedade ao Poder Público, que estaria isento da apreciação judicial nestas hipóteses.

²¹ Segundo Rodi, “Tezner oppone alla concezione di Bernatzik una visione legalistica basata su una concezione della discrezionalità che la identifica con la scelta della linea di intervento maggiormente opportuna fra una pluralità di soluzioni giuridicamente ammissibili data una determinata situazione di fatto”. (RODI, 2014, p. 14).

Analizando criticamente a repercussão dessas referidas teorias nos ordenamentos austríaco e alemão, Di Pietro comenta que a noção de discricionariedade adota por Bernatzik e a correlata defesa de uma atuação técnico-intelectiva da Administração Pública imune ao controle jurisdicional não subsistiu muito tempo nem na Áustria nem na Alemanha, onde, há muito tempo, se admite a sindicabilidade da ação concretiva dos conceitos indeterminados, oscilando-se, nesses casos, em aceitar ou não certa margem de discricionariedade. (DI PIETRO, 2007, p. 4).

3.3.2 Posicionamento da doutrina estrangeira

A retomada da origem histórica do debate acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e, especificamente, quanto à sua inserção no campo da vinculação ou discricionariedade administrativa, revela-se oportuna, sobretudo porque é mérito da Escola de Viena do século XIX ter estabelecido as premissas básicas e os ideais centrais em torno dos quais orbitam as discussões que ocorrem atualmente tanto no Direito estrangeiro quanto no doméstico, sendo certamente este por aquele influenciado.

Com efeito, mesmo hoje, não são raras as expressas menções de doutrinadores nacionais à obra e à importância de Tezner e Bernatzik para o desenvolvimento e aprimoramento científico da matéria, a exemplo de Bandeira de Mello (2012, p. 23) e Di Pietro (2007, p. 4).

Na Espanha, de igual forma, as lições da Escola de Viena repercutiam claramente no trato da temática do controle judicial da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados, matéria que vem a ser muito bem aprimorada pelos administrativistas espanhóis, merecendo destaque a obra de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

A propósito, conforme aponta Luiz Henrique Cademartori, a doutrina espanhola *“tem avançado significativamente no desenvolvimento de técnicas de controle da discricionariedade, aplicadas de forma generalizada pelos tribunais contenciosos-administrativos, produzindo estas muitas decisões consideradas insólitas na jurisprudência do resto dos países europeus”*. (CADEMARTORI, 2000, p. 160)

No mesmo sentido, Andreas Krell sugere que *“a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode bem servir como instrumento de controle da discricionariedade administrativa e até para a sua redução, como tem acontecido na Espanha”*. (KRELL, 2004, p. 34/35).

A respeito da influência da Escola de Viena e, sobretudo, das concepções de Tezner sobre a doutrina administrativista espanhola, Di Pietro leciona:

Essa posição restritiva [de Tezner] influenciou o direito espanhol, onde prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os conceitos indeterminados não geram discricionariedade, cabendo à Administração encontrar a melhor solução. Segundo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere-se a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em seu enunciado, mas que podem ser determinados no caso concreto, por via de interpretação; por outras palavras, a aplicação desses conceitos nos casos concretos não admite mais do que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não; o preço é justo ou não é; ou se faltou à probidade ou não faltou: *Tertium non datur* (cf. Enterría e Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 1988, t. I, p. 433-439).

Segundo esses autores, a discricionariedade envolve uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, porque a decisão se funda em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo exclusivo da Administração; ao contrário, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinadas situações reais; justamente por isso, é um processo vinculado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exercita um poder discricionário.

A consequência é que o juiz tem ampla liberdade para apreciar a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados, sejam eles de experiência ou de valor. É o que ocorre com os conceitos de urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, necessidade pública, utilidade pública, interesse público. Essa é a doutrina adotada pelos tribunais espanhóis. Não existe discricionariedade nos conceitos indeterminados. (DI PIETRO, 2007, p. 5)

Segundo os administrativistas espanhóis García de Enterría e Fernández, a confusão entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados “*supôs na história do Direito Administrativo um gravíssimo peso que só recentemente começou a liberar-se. É um mérito da doutrina alemã contemporânea do Direito Público ter levado essa distinção até as últimas consequências*”.²² (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 391).

De maneira similar a Tezner, García de Enterría e Fernández propõem uma separação rígida entre a discricionariedade, definida pelos autores como a possibilidade de escolha entre “indiferentes jurídicos”, e a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, entendida como atividade vinculada, que deveria levar, por meio de um processo de interpretação, à uma única solução válida perante o Direito.

Partindo de tais premissas, sugerem que as opções discricionárias, na medida em que perpassam por juízos “extrajurídicos” de conveniência e oportunidade (opções políticas,

²² Quando os administrativistas espanhóis fazem menção à moderna doutrina alemã, se referem às concepções vigentes na Alemanha na década de setenta. Com efeito, este trecho da obra *Curso de Derecho Administrativo* permanece inalterada desde a primeira edição, lançada em 1974.

econômicas, sociológicas, etc)²³, inserem-se no âmbito exclusivo do Poder Público e, por corolário, afiguram-se imunes ao controle externo por parte do Poder Judiciário. A concreção dos conceitos jurídicos, de outra banda, enquanto atividade plenamente vinculada, admitiria amplo e irrestrito controle jurisdicional.

Nas palavras dos autores, em sendo a atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, *“o juiz pode fiscalizar, sem esforço algum, tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que permite a lei”*. Ao revés, diante do exercício da potestade discricional, *“o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricional, já que esta, tendo sido produzida dentro dos limites legais, é necessariamente justa”*. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 394).

Todavia, diferentemente da realidade espanhola e da doutrina alemã da década de setenta, mencionada por García de Enterría e Fernández, o comparatista Andreas Krell sugere que, atualmente, nem na própria Alemanha, tampouco na grande maioria dos países europeus, está sendo utilizada uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. A propósito, a própria ordem jurídica da União Europeia (UE) não mais diferencia - a exemplo da França e Grã-Bretanha - conceitos indeterminados e discricionariedade. (KRELL, 2004, p. 31)

A esse propósito, merecem transcrição os apontamentos de Andreas J. Krell - doutor em direito pela *Freie Universität Berlin* - a respeito do desenvolvimento da doutrina alemã dos conceitos jurídicos indeterminados a partir da década de cinquenta até os dias atuais:

Na própria Alemanha, essa diferenciação [entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados] tornou-se dominante na doutrina somente nos anos 50 do século XX; antes, se falava de discricionariedade cognitiva e discricionariedade volitiva. Vale ressaltar, portanto, que aquilo que em outros sistemas teria sido considerado discricionariedade, na Alemanha passou a ser visto como hipótese de interpretação legal, passível de controle pelos tribunais.

A teoria do controle abrangente dos conceitos jurídicos indeterminados, empregados nas leis administrativas, veio atribuindo um extenso poder de substituição das

²³ Neste ponto, Cademartori tece lúcidas críticas aos administrativistas espanhóis. Segundo o autor, García de Enterría e Fernández, de um lado, avançam significativamente nas suas formulações teóricas, ao defenderem uma ampla apreciação do Judiciário, dos conceitos indeterminados que integram certas normas. Mas, por outro lado, ao delimitarem o campo da discricionariedade na esfera volitiva da autoridade administrativa, pautada por opções tidas como “extrajurídicas”, esses autores assumem um posicionamento teórico conservador. Isto porque negam qualquer conexão entre âmbitos tais como os do político, econômico ou de oportunidade, sendo este, também um conceito indeterminado, com a esfera do Direito. A propósito das esferas sócio-econômicas e políticas, já se observou que mesmo elas não estão imunes a padrões de vinculação normativa previstos nas atuais constituições dirigentes, tais como as normas programáticas, cuja eficácia não depende, totalmente, da promulgação de normas ulteriores. (CADEMARTORI, 2000, p. 172)

valorações efetuadas pela Administração. Assim, até na década de 50 do século passado, existiu nas áreas do Direito de Construir, de Polícia, Econômico e Ambiental (v.g poluição do ar e da água, reatores nucleares, proteção da paisagem) um controle judicial quase total dos conceitos legais indeterminados. Os apelos de integrantes da doutrina direcionados ao Poder Judiciário para o exercício de uma maior autorrestrrição lograram pouco efeito.

Desde então, contudo, houve uma mudança na doutrina administrativista deste país [Alemanha], que começou a criticar a propriedade teórico normativa e efetivo-funcional desse controle judicial abrangente. Nas últimas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade; hoje, talvez, eles representem talvez a maioria. Por isso é equivocada a afirmação de alguns doutrinadores brasileiros de que a posição que distingue rigidamente entre conceitos indeterminados e discricionariedade, refletiria a linha da “moderna” doutrina alemã. (KRELL, 2004, p. 33/34)

Abstendo-se de um maior aprofundamento quanto aos importantes debates que vem sendo também protagonizados em outros países europeus, dentre os quais merecem menção Áustria, Inglaterra, Portugal, Itália e França, observa-se que a heterogeneidade do discurso continental europeu reflete e, quiçá, justifique a riqueza do tema e as múltiplas controvérsias remanescentes no debate que permeia a matéria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito brasileiro, divergências estas que serão oportunamente abordadas no tópico subsequente.

Deve-se de plano reconhecer, no entanto, a importância do legado da Escola Viena, responsável pela fixação de parâmetros lógicos e premissas conceituais que norteiam até hoje a discussão acerca da natureza dos atos administrativos concretizadores dos conceitos jurídicos indeterminados e, mais que isso, o papel histórico que cumpriram as doutrinas austríacas no controle do arbítrio estatal ao longo dos últimos séculos.

Por fim, destaca-se que, respeitados por óbvio os contrastes advindos das diferentes tradições jurídicas caracterizantes dos diversos ordenamentos suprarreferidos, a experiência internacional possa servir de ponto de partida para as reflexões preliminares acerca da construção de um sistema mais sólido de controle jurisdicional dos atos administrativos atuadores dos conceitos jurídicos indeterminados no Brasil.

3.3.3 O posicionamento da doutrina brasileira acerca da inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou da discricionariedade administrativa

A respeito do enquadramento da concreção de conceitos jurídicos indeterminados em atividade administrativa discricionária ou vinculada, Di Pietro e Medauar, acertadamente, afirmam que embora a discussão seja de veras controversa na doutrina nacional, seria possível

delimitar dois grandes grupos aos quais se filiam a maior parte dos autores. (DI PIETRO, 2015, p 258 a 259; MEDAUAR, 2014, p.133).

De um lado, os autores que se filiam à teoria da univocidade e, por consequência, trabalham com uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, grupo este que talvez constitua a maioria nos dias de hoje, entendem que o emprego de conceitos fluidos não confere discricionariedade à Administração Pública justamente porque, diante de vocábulos jurídicos plurissignificantes, a Administração deve realizar um trabalho de interpretação que levará à uma única solução válida perante o caso concreto.

Contra-ponde-lhes, parcela da doutrina defende que os vocábulos jurídicos plurissignificantes podem conferir discricionariedade à Administração, porquanto concedem certa margem de liberdade na apreciação de seu conteúdo, dentro de balizas previstas no próprio texto normativo. E, justamente nessa margem de atuação administrativa, residiria o elemento discricionário da atividade atuadora dos conceitos jurídicos indeterminados.

A análise das correntes doutrinárias realizada por Di Pietro e Medauar, de fato, reflete com precisão o atual panorama do debate na academia brasileira que, a propósito, em muitos pontos se assemelha ao atual estágio da matéria nos países europeus, conforme brevemente delineado no tópico antecedente.

3.3.3.1 A doutrina da distinção rígida entre discricionariedade e vinculação

Para os defensores da rígida separação entre a técnica da discricionariedade e a dos conceitos jurídicos indeterminados, como visto, a existência de conceitos fluidos na proposição jurídica demandaria nada mais que um esforço intelectual por parte do aplicador da norma, conduzindo o agente administrativo, invariavelmente, à uma única solução que seja válida perante o Direito.

A discricionariedade, de outra banda, consistiria na liberdade de seleção de uma entre duas ou mais soluções jurídicas possíveis e igualmente válidas - indiferentes jurídicos-, segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, próprios da autoridade administrativa e, por corolário, protegidos do controle judicial.

Assim, para os que aderem à tal raciocínio, de forma alguma a discricionariedade e a concreção dos conceitos indeterminados poderiam ser confundidas, tampouco a tais fenômenos poder-se-ia atribuir idêntico tratamento jurídico.

Defensor desta primeira corrente, Hely Lopes Meirelles sustenta que a mera existência dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” ou “imprecisos” nas proposições jurídicas de direito administrativo não geraria a discricionariedade propriamente dita, mas sim, *“necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade [...] quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la”*. (MEIRELLES, 2014, p.132 a 133)

A corroborar-lhe as palavras, Rita Tourinho, também adepta da teoria da univocidade, sustenta que *“deparando-se com conceitos jurídicos indeterminados, caberá apreender-lhes o sentido através da operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados limites normativos”*. (TOURINHO, 2008, p. 10)

Na concepção de Marçal Justen Filho (2015, p. 238) não existe dúvida de que a adoção de conceitos jurídicos indeterminados obstaculiza decisões administrativas fundadas em razões de conveniência ou oportunidade, tampouco poderia se admitir que a sua concreção envolvesse uma margem de autonomia para o aplicador escolher a solução segundo avaliação subjetiva, levando-o a concluir que os autores que entendem que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados podem levar a discricionariedade, admitem a existência de diversas espécies de discricionariedade. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 238)

O autor, a propósito, ao tratar de improbidade administrativa, afirma que *“é essencial reconhecer que a indeterminação relativa do conceito de improbidade não significa a instituição de competência discricionária, radicalmente incompatível com a natureza punitiva do instituto. Conclui o pensamento afirmando que “configurar uma conduta como ímproba não é uma questão de conveniência administrativa, mas de prova quanto aos fatos”*. (op. cit., p.1.136 a 1.137).

Lúcia Valle Figueiredo, recorrendo à doutrina italiana de Luigi Benvenuti, afirma que os conceitos jurídicos indeterminados constituem hipótese de *accertamento*, ou seja, de encontrar, na dinâmica da realidade, a correspondência entre significante e significado. (FIGUEIREDO, 2008, p. 222).

Chegando às mesmas conclusões, José dos Santos Carvalho Filho parte da afirmação de que conceitos indeterminados e discricionariedade situam-se em planos diferentes. Para o autor, enquanto os conceitos indeterminados se inserem no plano de previsão da norma, que define como *“plano antecedente”*, haja vista que a lei já estabelece a consequência jurídica que deve resultar da verificação concreta do conceito indeterminado, a

discrecionariedade aloja-se no plano da estatuição normativa, que define como “*plano consequente*”, pois o administrador tem o poder de modular os efeitos da previsão normativa conforme critérios de conveniência e oportunidade. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 56)

Por fim, Eros Grau, embora defenda a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, sustenta que a fluidez não culmina na atribuição de competência discricionária à Administração Pública. Afirma, a tal propósito, que “*no exercício da discrecionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, da eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de “conceitos jurídicos indeterminados” o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que – e não porque o número de soluções justas varia de uma ou outra hipótese – são distintas as duas técnicas*”. (GRAU, 2011, p. 202)

3.3.3.2 Posicionamentos intermediários

Uma parcela da doutrina, bem exemplificada pelas administrativistas Di Pietro e Medauar - que em despeito de em muito divergirem, apresentam análises muito semelhantes quanto a esta temática, em específico - filia-se um posicionamento intermediário, segundo o qual os conceitos jurídicos indeterminados podem culminar quer na atribuição de competência vinculada quer na atribuição de competência vinculada à Administração Pública, devendo-se analisar caso a caso a repercussão jurídica do emprego de expressões vagas pelo legislador.

Mais precisamente, Medauar esclarece que o legislador sempre se valeu de conceitos jurídicos indeterminados, seja no direito público quanto no direito privado, sem que fossem estes necessariamente associados ao poder discricionário. Assim, segundo a autora, em sendo possível o enquadramento do caso concreto, observável no mundo dos fatos, à fórmula ampla, contida na lei, haverá uma só solução justa, não havendo, por corolário, que se falar em discrecionariedade. Nada obstante, pondera Medauar que em determinados situações, de fato, a fórmula ampla do texto legal admitirá uma certa margem de escolhas igualmente válidas, devendo-se, pois, exercer o poder discricionário. (MEDAUAR, 2014, p. 133)

Di Pietro, por seu turno, trabalhando com a divisão dos conceitos jurídicos em conceitos técnicos, conceitos de experiência e conceitos de valor, afirmará que enquanto os conceitos técnico-científicos e os conceitos empíricos ou de experiência demandam atuação vinculada da Administração Pública, vez que não admitem soluções alternativas, os conceitos de jurídicos indeterminados podem, vezes sim, vezes não, conferir discrecionariedade ao agente

público quanto à apreciação da solução jurídica adequada ao interesse público, devendo tal variante ser analisada à luz do caso concreto. (DI PIETRO, 2015, p. 258/259)

Di Pietro, por fim, destaca que a grande dificuldade quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, seria a de definir aprioristicamente em quais ocasiões a existência de noções de “valor” implicam na existência de discricionariedade para a Administração e em quais outras admitem apenas uma solução válida perante o ordenamento jurídico (*op. cit.*, p. 259).

3.3.3.3 *A doutrina da flexibilização da distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados*

Muito embora Meduar e Di Pietro já flexibilizem a noção de univocidade dos conceitos fluidos, defendidas pela maior parte da doutrina, há autores que critiquem de maneira ainda mais efusiva a rígida distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

Bandeira de Mello, nesse sentido, refuta a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos seja alheio ao tema de discricionariedade. Em verdade, sugere que embora tal diferenciação parta de premissas verdadeiras, chega a conclusões errôneas (MELLO, 2012, p. 23), na medida em que “*não há negar incumba à Administração certa discricionariedade, alguma liberdade, na concreção dos conceitos jurídicos indeterminados*”. (MELLO, 2015, p. 997)

O autor, sublinhe-se, não ignora a definição de discricionariedade sustentada pela doutrina da univocidade, resumível segundo ele em “liberdade de volição” e consistente, portanto, na possibilidade de realizar opções administrativas de mérito por um entre dois ou mais comportamentos comportados pela norma aplicada, segundo critérios de conveniência e oportunidade. (MELLO, 2012, p. 23)

O que sustenta, no entanto, é que o simples fato da *liberdade de volição* (caracterizante da discricionariedade propriamente dita) e da *liberdade de intelecção* (consequência inesquivável dos conceitos jurídicos indeterminados) consubstanciarem-se em realidades lógicas distintas, premissa da qual o autor não discorda, isso não necessariamente acarreta em diferentes ressonâncias jurídicas e, portanto, não justifica a destinação de um tratamento jurídico particularizado ou uma categorização distinta a cada uma das situações.

Ao revés, discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados resultam, indistintamente, (*i*) na concessão de liberdade administrativa e consequente limitação

à correção judicial e (ii) na inoponibilidade de direito de terceiros contra o comportamento administrativo adotado, produzindo, portanto, os mesmos efeitos na esfera do Direito.

A este propósito, por bem delinearem a crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello, merecem literal transcrição as seguintes palavras do ilustre administrativista:

Deveras, qual o préstimo jurídico, ou seja, para que serve a noção de discricionariedade, senão para referir as situações em que a Administração desfruta de certa liberdade, por força da qual o Judiciário não pode ir além de certos limites, tendo de reconhecer que no interior deles a atuação administrativa é incensurável e que inexiste direito subjetivo de terceiro oponível precedentemente contra o comportamento administrativo adotado? A serventia jurídica, a utilidade da noção de discricionariedade é única e exclusivamente a de rotular situações deste tipo. Ora se tal liberdade administrativa e consequentes limites à correção judicial, tanto como ausência e direito de terceiros ante a Administração resultam quer do uso legal de conceitos vagos, quer da possibilidade de opções de mérito ensejadas pela lei, quer da ocorrência destes fatores, está-se a ver que ressonância jurídica de ambos (conceitos jurídicos indeterminados e opções de mérito legalmente previstas) é perfeitamente igual na esfera do Direito.

Vale dizer, tais operações mentais, intelectivas ou volitivas, repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídico, que integram o que se entende por discricionariedade. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona à Administração é uma intelectiva ou uma liberdade volitiva, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos do direito serão idênticos. Porque então considerar que são realidades jurídicas distintas se o fenômeno jurídico é o mesmo?

De nada serve designar por nomes diferentes situações cuja caracterização jurídica é igual, ainda que correspondam a realidades lógicas ou substanciais distintas, assim como de nada serviria designar por nomes jurídicos iguais situações que fossem diferentes perante o Direito, ainda que se parificassem sob o prisma extrajurídico.

Em sentido semelhante, Andreas Krell pontua que *“parece mais coerente, entretanto, ver os conceitos jurídicos indeterminados bem como a concessão de discricionariedade como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura de normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles”*. (KRELL, 2004, p. 34)

Complementa o autor destacando que muitas vezes a diferença entre discricionariedade e vagueza de conceitos não passa de uma simples contingência na formulação legal. Para tanto utiliza o seguinte exemplo:

O seguinte exemplo ilustra o equívoco: uma lei com o teor “caso existir um perigo para a saúde pública, o órgão competente pode determinar medidas de vacinação”, concede ampla discricionariedade à Administração no lado da consequência da norma, no “como agir”.

No entanto, a lei poderia, sem nenhuma alteração material de conteúdo, apresentar também o seguinte teor: “caso existir um perigo para a saúde pública e medidas de vacinação parecerem necessárias, o órgão competente deve determinar obrigações de vacinação”. Neste caso, a liberdade discricionária (pouco sindicável) do órgão administrativo na parte da consequência legal (o como agir) foi transferida para a área da hipótese (fato-tipo) da atuação (o se agir), e, portanto, para um conceito jurídico

indeterminado, que, por sua vez, é plenamente sindicável pelos tribunais, segundo o entendimento exposto.

Nesta linha, outros exemplos, mais próximos à realidade brasileira, poderiam ser elaborados. Vejamos: considere-se uma Lei X que estabeleça que “a Administração Pública poderá, nos seus interesses, determinar a remoção de servidor” e uma Lei Y que estipule que “demonstrado o interesse público na remoção do servidor, a Administração deverá promover a sua imediata relotação”. Seria certo admitir que as duas leis possuem efeitos jurídicos diametralmente opostos? Afigurar-se-ia razoável a afirmação de que apenas na primeira hipótese haverá liberdade de atuação ao passo que, na segunda hipótese, haveria, em todo e qualquer caso, uma única solução adequada perante o caso concreto?

Às interrogações formuladas, Afonso Rodrigues Queiró, em consonância com os demais, aponta que, *“no fim de contas, decorrido o processo interpretativo fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência e, portanto, também no conteúdo de seu agir”*.

Imperioso esclarecer, no entanto, que *“a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda. Fora daí não haverá discricionariedade, mas vinculação”*. (MELLO, 2012, p. 33/34)

3.4. REPOSICIONAMENTO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Como se viu até aqui, a inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou da discricionariedade administrativa é temática assaz controversa e recebe um tratamento fragmentário e pouco uniforme por parte da doutrina nacional.

Nada obstante, existe manifesta tendência em nosso ordenamento em categorizar em classes antagônicas os atos administrativos discricionários e vinculados e, frente a este antagonismo, abordar-se a atuação prática dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação.

É o que fazem, por exemplo os ilustríssimos administrativistas Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar, Diógenes Gasparini, Márcio Pestana, Eros Grau, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

Essa tendência, no entanto, mostra-se inversa àquela observável na grande parte dos países europeus, dentre os quais a Alemanha, França e Grã-Bretanha, mesmo porque sequer a própria ordem jurídica da União Europeia estabelece uma rígida distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. (KRELL, 2004, p. 31)

O posicionamento dominante da doutrina e jurisprudência nacional, ademais, mostra-se problemático em alguns aspectos.

Repita-se, inicialmente, que a afirmação de que, em toda e qualquer hipótese, os conceitos jurídicos indeterminados, ao serem contrastados com a realidade fática, poderiam levar o aplicador da norma a uma única solução válida perante o Direito, é, de fato, excessiva.

Consoante alhures alinhavado, um esforço intelectual por parte do administrador público pode, de fato, conduzi-lo à clara identificação de zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, certas quanto à aplicação ou exclusão do conceito.

Nada obstante, ao adentrar-se no halo conceitual dos vocábulos jurídicos plurissignificantes, a pretensa *“única solução válida perante o Direito”* é incognoscível, de sorte que aplicabilidade ou não dos conceitos jurídicos indeterminados, diante de situações concretas inseríveis em seus halos conceituais, não pode ser deduzida por um simples juízo silogístico de natureza lógico-formal.

Como consequência lógica desta primeira constatação, deve-se também admitir que os conceitos jurídicos indeterminados atribuem ao agente público certa margem de livre atuação administrativa, consistente na liberdade intelectual de conformação das situações fáticas inseríveis em seus halos conceituais.

E, muito embora tal liberdade intelectual não se iguale, em termos de estrutura, à expressa liberdade de volição, caracterizadora da discricionariedade propriamente dita para a doutrina mais tradicional, compreendida como a possibilidade de escolhas de mérito igualmente viáveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade, é inegável que ambas as liberdades possuem a mesma ressonância jurídica.

Como assevera Bandeira de Mello, *“a circunstância de que um ato de intelecção e um ato de volição sejam realidades logicamente distintas – como, deveras, o são – não implica que necessariamente tenham, em face do Direito, ressonâncias diversas. In casu não o tem”* (MELLO, 2012, p. 25).

Com efeito, o emprego de conceitos vagos e a expressa atribuição de discricionariedade culminam, indistintamente, na minimização da intensidade vinculatoria do administrador público ao texto legal, na consequente limitação da sindicabilidade judicial da

decisão administrativas e na inoponibilidade de direitos subjetivos por terceiros contra o comportamento administrativo adotado.

Feitas tais ressalvas, deve-se repisar que a categorização dos atos administrativos em vinculados e discricionário pressupõe uma diferenciação de natureza e de substância entre ambas espécies que, em verdade, não condiz com a estrutura lógica de suas disciplinas normativas, que lhes diferencia tão somente em níveis e gradações de intensidade vinculatoria e de densidade mandamental.

Como demonstrado, a vinculação dos agentes administrativos ao texto legal sempre existirá em certa medida, admitindo simples variação quanto à sua intensidade. Ao mesmo tempo a disciplina normativa da Administração Pública raramente será exaustiva, cedendo ao exercente da função administrativa, invariavelmente, certa margem de legítima atuação, caracterizante da discricionariedade.

A decisão administrativa, pois, oscila entre polos de plena vinculação e de plena discricionariedade, dificilmente encontrados na prática legislativa. E, entre estes polos, a intensidade vinculatoria e a potestade discricional podem ser maiores ou menores, mas invariavelmente estarão presentes.

Logo, somando-se essa última constatação à afirmação de que tanto a liberdade de volição quanto a liberdade de intelecção provocam, indistintamente, a diminuição substancial da intensidade vinculatoria da Administração Pública, tem-se que a reinserção da temática dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da discricionariedade é mais compatível com a natureza de tais institutos e mais próspera ao estabelecimento de nortes teóricos para o controle judicial que sobre eles deve incidir.

Por consequência, deve prevalecer a noção ampla de discricionariedade defendida por Bandeira de Mello, identificada enquanto a margem de liberdade que remanesce à Administração Pública para eleger, segundo critérios de conveniência e oportunidade, consistentes da razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos igualmente cabíveis perante cada caso concreto – indiferentes jurídicos -, a fim de cumprir o dever legal de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal (*doverosità*), quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2012, p. 48).

A propósito, destaca-se sublinhadamente que a combatida inserção dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação administrativa, ao negar a parcela liberdade intelectual presente em seus halos conceituais, possui não outro resultado que o de, por meios obtusos, trasladar tal liberdade do âmbito administrativo para o âmbito judicial.

Pois, neste panorama, o Judiciário, enquanto pretense enunciador da verdade única e absoluta encoberta pela vagueza do vocábulo indeterminado, revestir-se-ia da competência de, a partir de critérios próprios, exercer a liberdade intelectual em substituição ao administrador público. Consoante alerta Alexy, deve-se reconhecer *“o perigo de que o tribunal administrativo substitua a decisão, segundo a opinião da autoridade unicamente correta, não pela decisão em si unicamente correta, mas somente pela decisão, segundo a opinião do tribunal unicamente correta”*. (ALEXY, 2012, p. 19)

Entrementes, recolocar o problema da indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados no campo da discricionariedade, embora represente importante passo para o tratamento da matéria, não é suficiente. É preciso ir além, estipulando-se os critérios e demarcando os confins da sindicabilidade judicial da liberdade intelectual da Administração Pública.

E, sobretudo neste ponto, parece faltar em toda a abordagem da matéria a busca de conformação do direito positivo com uma dimensão axiológica constitucional que lhe outorgue coerência e legitimidade, carência esta que buscará suprir-se ao longo do próximo capítulo.

4. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETIZADORES DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

4.1 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle da Administração Pública consiste, resumidamente, na atividade fiscalizadora e corretiva exercida pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo sobre a atividade administrativa, desempenhada em qualquer das esferas de Poder, com a finalidade de garantir sua conformidade com as regras e princípios impostos pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO 2015, p. 879).

Com a reforma administrativa operada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, o controle da atividade estatal foi alçado à posição de *princípio fundamental* da Administração Pública, ao lado dos princípios do planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência, sendo sua observância indispensável em todos os níveis e órgãos da Administração. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 954).

A doutrina nacional adota diferentes critérios para a classificação das formas de controle da atividade administrativa existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo clássicas as classificações quanto ao momento do exercício do controle (preventivo, concomitante e corretivo), quanto à iniciativa (*ex officio* e provocado), quanto ao aspecto do ato controlado (controle de legalidade e controle do mérito), quanto à amplitude do controle (hierárquico e fianalístico) e finalmente, quanto ao *relação entre o titular e o destinatário do controle* (interno e externo) e quanto à *natureza do controlador* (administrativo, legislativo e judicial), comportando estes dois últimos critérios maiores considerações, ante a sua absoluta pertinência com a temática do presente trabalho monográfico.

Resumidamente, o controle *interno* da atividade administrativa pode ser definido como o poder/dever imposto à Administração Pública (em sentido amplo)²⁴ de promover a permanente e contínua verificação da legalidade e oportunidade da própria atuação. O controle *externo*, por sua vez, é definido como o poder/dever de fiscalizar e corrigir a atividade administrativa desempenhada por órgão alheio ao controlador, tendo ambos por objetivo

²⁴ Há quem defina controle interno da Administração Pública como controle exercido pelo Poder Executivo. Nada mais errado. Conforme bem pontua Carvalho Filho, a abrangência do controle é ampla e alcança *toda* atividade administrativa, desempenhada em qualquer das esferas de Poder. Sabe-se que não somente no âmbito do Poder Executivo, mas igualmente no Judiciário e no Legislativo, exerce-se, em maior ou menor grau, atividade administrativa (v.g. expedição de atos administrativos, contratação de pessoal, gestão de recursos financeiros), e, bem por isso, o controle se exerce sobre *todos* os órgãos e agente de caráter administrativo de qualquer dos Poderes. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 953).

identificar e prevenir defeitos e aperfeiçoar o proceder da Administração, promovendo as medidas necessárias para tanto. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1204-1211).

Consabido, por força do princípio da autotutela e por expressa disposição dos artigos 53 a 55 da Lei 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo)²⁵, harmônicos com as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal²⁶, a Administração Pública dispõe do poder/dever de anular os próprios atos, independentemente de provocação, quando eivados de vícios de legalidade. Pode, outrossim, convalidar aqueles atos que apresentarem defeitos sanáveis, observado o interesse público e os direitos de terceiros. Em ambas as hipóteses, exerce a Administração o denominado controle interno da atividade administrativa, ou, como queira, controle administrativo, conforme o critério de classificação utilizado.

Por outro lado, o ordenamento jurídico nacional contempla também a possibilidade de órgãos alheios à Administração desempenharem a função controladora, modalidade esta denominada controle externo da atividade administrativa, que abrange (i) o controle parlamentar direto, (ii) o controle pelos Tribunais de Contas e (iii) o controle jurisdicional. (MELLO, 2015, p. 967).

O controle parlamentar direto é aquele exercido propriamente pelo Congresso Nacional e encontra fundamento no artigo 49, inciso X, da Constituição Federal²⁷, que atribui ao Legislativo Federal a competência para fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer uma de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta. Exemplo claro da possibilidade de exercício do controle parlamentar direto sobre a atividade administrativa é a prerrogativa de que dispõe o Congresso Nacional de sustar os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, nos termos do artigo 49, inciso V, da Constituição.²⁸

Ademais, por expressa disposição constitucional (artigo 71, *caput*)²⁹, o Legislativo conta com o auxílio do Tribunal de Contas no exercício do controle externo da atividade

²⁵ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. [...] Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

²⁶ Súmula 346 STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Súmula 473 STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

²⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

²⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa

²⁹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]

administrativa, ao qual compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, podendo-se, pois, falar-se em um controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. (MELLO, 2015, p. 971).

Feita esta brevíssima contextualização, cumpre esclarecer que a modalidade de controle que interessará ao presente trabalho, é, pontualmente, a do *controle jurisdicional* dos atos administrativos, também modalidade de *controle externo* da Administração Pública.

O controle judicial, leciona Di Pietro, juntamente com o princípio da legalidade, constitui um dos alicerces sobre os quais repousa o Estado de Direito. Como efeito, não pudessem os atos da Administração Pública serem apreciados e corrigidos por um órgão dotado de garantia de imparcialidade, afigurar-se-ia absolutamente inócua a simples sujeição do Poder Público à Lei. (DI PIETRO, 2015, p. 897).

Quanto aos aspectos gerais do controle judicial da Administração Pública, vale mencionar que, no ordenamento jurídico nacional, vigora o sistema de unidade jurisdição (*una lex una jurisdictio*). Sabe-se que, nos estritos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³⁰, não é lícito à Lei excluir do Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito. Por consequência, o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional, vale dizer, somente ele pode decidir, com força de definitividade, as contendas envolvendo a aplicação do direito ao caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a natureza da relação jurídica controvertida. (MELLO, 2015, p. 974).

Diferentemente do Brasil, do México e dos Estados Unidos, boa parte dos países europeus, a exemplo da Itália e da França, adotam do chamado *sistema de dualidade de jurisdição*, nos quais, paralelamente ao Judiciário, existem órgãos de contencioso administrativo que exercem, com exclusividade e definitividade, a função jurisdicional sobre lides nas quais a Administração Pública figure como parte. (DI PIETRO, 2015, p. 897).

Sem adentrar nas minúcias de cada uma dos referidos sistemas, o que importa frisar, neste momento, é que o controle judicial é apenas umas das espécies de controle da atividade administrativa previstas em nosso ordenamento e que, por força da adoção do sistema de jurisdição única, é feito com exclusividade pelo Poder Judiciário, que “*controla in concreto a legitimidade das ações da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas,*

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso”. (MELLO, 2015, p. 974)

O controle judicial dos atos administrativos, ademais, diferentemente do controle exercido pelo próprio órgão exercente da atividade administrativa (controle interno), obedece ao *princípio dispositivo* (*ne procedat iudex ex officio*), de sorte que o órgão jurisdicional não dispõe de competência para instaurar, de ofício, processo judicial com o fito de avaliar a correção de um ato administrativo. (JUSTEN FILHO, 2014, pp. 1237).

Por corolário lógico, em não podendo o controle judicial dos atos administrativos ser desempenhado automaticamente pelo Judiciário, dispõe o ordenamento jurídico nacional de amplo repertório prático de meios de provocação da prestação jurisdicional em litígios que envolvam comportamentos impróprios da Administração Pública.

Este amplo leque de acionadores do controle judicial abrange as ações típicas, v.g. o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública e ação popular, sem prejuízo dos meios inespecíficos de controle judicial da Administração, representados por todas aquelas ações judiciais às quais poderia o jurisdicionado recorrer, ainda que não houvesse comportamentos administrativos em litígio, v.g. ações cíveis e penais de procedimento ordinário, interditos possessórios, nunciação de obras nova e consignação e pagamento. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1038).

Finda esta sumária contextualização, conclui-se que a conjugação do sistema de unidade de jurisdição com o princípio dispositivo informa os caracteres gerais mais relevantes no que tange ao controle judicial dos atos administrativos no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1.1 Fundamentos históricos e jurídico-políticos do controle judicial das atividades do Estado

A elaboração de técnicas de controle da atuação do Estado é anterior ao próprio surgimento do Estado de Direito.

Consabido, os Estados Renascentistas europeus dos séculos XIV e XV eram marcados pela centralização política na figura do soberano, o qual dispunha de liberdade quase plena para administrar o reino. A fusão da figura do rei à própria concepção de Estado, neste contexto, vinha legitimada por princípios consuetudinários, v.g. *regis voluntas suprema* (a vontade do rei é a lei suprema), *quod principi placuit habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), ou *the king cannot do wrong* (o rei não pode errar). (CADEMARTORI, 2000, p. 35)

Nada obstante, este modelo personificado de Estado, caracterizado pela confusão entre as esferas público e privada e pelo agigantamento da figura do rei, passa a ser questionado ainda no final da Idade Média, a partir de quando se observa uma tendência lenta e gradual de submissão do Poder Público à Lei, de institucionalização racional do Poder e de separação das esferas pública e privada.

Neste contexto, desenvolve-se, ainda no Medievo, a Teoria da Coroa, técnica embrionária de controle da atividade estatal, que permite, pela primeira vez, a atribuição de uma personalidade jurídica própria ao Estado. Em suma, a Coroa passa a ser concebida enquanto uma pessoa jurídica dissociada e sobreposta à pessoa física do próprio rei; *“a Coroa era um centro de imputação e produção de atos de cunho jurídico-político diferenciados e superiores ao próprio rei [...] assim, a Coroa se constituía numa espécie de corporação na qual o Rei não era “dominus” e sim apenas ‘curator’*. A partir da Teoria da Coroa, portanto, a pessoa do soberano deve-se submeter a leis a postulados fundamentais, aos quais sua vontade já não pode mais se sobrepor. (*op. cit.*, p. 36)

Posteriormente, com a efervescência iluminista de meados do século XVII e a eclosão das monarquias despóticas em continente europeu, surge a Teoria do Fisco, baseada na doutrina alemã oitocentista, e com manifesta influência do Direito Romano tardio. A Teoria do Fisco pressupõe uma diferenciação entre o *Estado*, o qual não dispõe de um patrimônio próprio, mas é revestido de poder soberano e, de outro vértice, o *fisco*, que não é revestido de poder público, mas é dotado de patrimônio. (*op. cit.*, p. 39)

A grande importância prática da Teoria do Fisco, portanto, reside na inédita possibilidade de um julgamento sistemático das atividades patrimoniais do soberano. A abstração jurídica consubstanciada no *fisco*, detentor de personalidade jurídica de direito privado e sujeito às imputações patrimoniais típicas do Direito Privado, plenamente sindicáveis pelos tribunais ordinários dos reinos, faz surgir, em paralelo, a possibilidade de o monarca travar relações jurídicas com os particulares sob o regime jurídico privatístico e de litigar, certo modo, em pé de igualdade com os titulares de direitos adquiridos, oponíveis ao fisco sob a égide do Direito Privado.

As limitações à atuação administrativa no Estado Absolutista Moderno, no entanto, ainda eram mínimas, representando não mais que pontuais concessões feitas pelos monarcas despóticos em favor de seus súditos. Com efeito, é com o fim do absolutismo e com a gênese do Estado de Direito que, no final do século XVIII, o organismo estatal passa a se pautar nos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes e onde se desenvolvem de maneira

mais profícua os mecanismos de contenção da arbitrariedade e de controle de discricionariedade da Administração Pública

As teorias de contenção da atuação estatal desenvolvidas pelo direito arcaico, no entanto, até hoje repercutem sobre os modernos institutos de direito administrativo. A clássica divisão dos atos administrativos em atos de império (aqueles quais a Administração atua sobrepondo-se à vontade de particular na consecução do interesse público) e atos de gestão (aqueles em que o Poder Público abre mão de suas prerrogativas especiais e interage com o cidadão igualdade de condições e direitos) bem exemplifica a influência e semelhança das teorias de contenção do arbítrio estatal desenvolvidas no Estado Absolutista Moderno com os institutos presentes na doutrina administrativista contemporânea. (MEIRELLES, 2014, p. 182)

A partir do final século XVIII, com a proliferação de parlamentos em vários Estados europeus e com aumento vertiginoso na produção de leis, surge o chamado Estado Legislativo ou Liberal, posterior ao modelo estatal absolutista, mas igualmente marcado pelo amplo grau de liberdade na atuação estatal, desta vez centrada na função legiferante. O Estado Legislativo, deve-se pontuar aprioristicamente, caracterizou-se pela inobservância substancial dos direitos e garantias constitucionais e, destacadamente, dos direitos de igualdade proclamados nas revoluções liberais que lhe deram gênese. (CADEMARTORI, 2015, p. 187).

Nada obstante, observam-se sensíveis avanços em matéria de limitação às atividades dos órgãos estatais, sobretudo com a distinção das noções de Governo e Administração, ainda no século XIX. O grande paradigma do Estado de Direito novecentista, neste panorama, era o de conciliar a tradicional liberdade decisória da Administração com a latente necessidade observância do princípio da legalidade, ganhando popularidade a ideia de que a atuação da Administração deveria ser amplamente regulamentada, de forma a possibilitar o controle da atividade administrativa pelos tribunais. Assim, *“a discricionariedade administrativa passa a ser concebida como um “corpo estranho” no Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade do monarca, que deveria, por qualquer meio, eliminada”*. (KRELL, 2004, p. 23).

É somente com o despertar do século XX, portanto, que a discricionariedade passa a ser vista não mais como um vício decorrente da inesquivável incompletude da legislação, mas, ao contrário, como uma forma de otimização da eficiência e organização dos serviços públicos e do atendimento das múltiplas reivindicações das sociedades industrializadas. (BULLINGER, 1987, p. 21).

Com efeito, para justificar a existência de espaços de livre atuação administrativa, os autores da contemporaneidade recorrem a um critério *jurídico* e outro *prático*. (DI PIETRO, 2015, p. 255)

Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a consagrada teoria kelseniana da formação do Direito por degraus (*Stufentheorie*). Consabido, Hans Kelsen concebera o Direito com um conjunto ordenado de normas jurídicas cujo fundamento não mais se encontrava na ordem dos fatos, tampouco noutros sistemas normativos, v.g. religião ou moral, mas em uma norma fundamental (*Grundnorm*). Como bem pontua António Manuel Hespanha, “*a teoria pura do direito teve a virtude de, num período de intenso debate político-ideológico (anos '30 a '50 do Século XX), ter sublinhado a autonomia do saber jurídico e a sua relativa indisponibilidade em relação aos projetos de poder*”. (HESPANHA, 2005, p. 437).

Segundo a teoria dos degraus de Kelsen, todo sistema jurídico é composto por uma pirâmide escalonada de normas gerais (Constituição, legislação infraconstitucional, decretos, regulamentos, estatutos) e individuais (decisão judicial e atos administrativos). Considerando-se os vários pelos quais se expressa o direito, ao percorrer-se a pirâmide em sentido descendente, observa-se que a cada ato se acrescenta um elemento novo ao ordenamento jurídico, não previsto no grau superior, mas necessariamente com ele conforme. “*Esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo*”. (DI PIETRO, 2015, p. 256).

Quanto à justificação jurídica da discricionariedade na contemporaneidade através da teoria de Kelsen, bem pontua Krell:

Segundo a famosa teoria dos degraus (*Stufenlehre*), de Kelsen e Merkl, todo sistema jurídico é composto por uma pirâmide de normas gerais (constituições, leis, decretos) e individuais (decisão judicial e ato administrativo), as quais possuem – ao lado dos determinantes previamente formulados nas normas superiores – conteúdos autônomos, não previamente fixados, e por isso representam, no sentido estrito, atos de criação jurídica, através de uma atividade volitiva. Essa teoria já reconhecia que toda concretização e normas jurídicas gerais e abstratas no caso específico não constitui uma operação matemática e que a regra individual não está determinada plenamente pela Lei. A determinação ou indeterminação de uma norma jurídica geral não é considerada um critério qualitativo (principiológico) mas meramente quantitativo (gradual), e o Direito representa um processo dinâmico de produção jurídica em vários níveis, cujo degrau mais baixo é chamado discricionariedade (*Ermessen*). Nessa visão, não existe diferença entre aplicação da lei e discricionariedade. (KRELL, 2004, p. 33)

Paralelamente ao justificativo teórico, a discricionariedade passa a ser concebida, sob o ponto de vista prático, como uma imposição lógica da impossibilidade e inoportunidade

de o legislador prever antecipadamente todas as situações possíveis que o agente público teria de enfrentar no exercício da função administrativa.

Com efeito, superando-se o antigo modelo burocrático-administrativo weberiano, a concessão de livres espaços de atuação ao Poder Público passa a ser encarada como uma forma de evitar o indesejável automatismo e engessamento da atividade administrativa que fatalmente ocorreria na hipótese dos agentes públicos houvessem de aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas.

Dito de outro modo *“a discricionariedade é indispensável para poder permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração de leis”*. (DI PIETRO, 2015, p. 256).

Com a crescente aceitação da discricionariedade administrativa, no entanto, ressurge na contemporaneidade a correlata necessidade de buscar-se a objetiva delimitação do âmbito de liberdade administrativa e a contenção do arbítrio estatal. Desenvolvem-se, neste contexto, as mais variadas teorias de controle da atividade discricionária, merecendo destaque a teoria francesa do *détournement de pouvoir* e o controle principiológico da atividade administrativa.

4.1.2 Controle judicial da discricionariedade administrativa na manualística brasileira

Não há como se conceber no ordenamento jurídico brasileiro a ideia de um ato administrativo que seja imune ao controle judicial. Com efeito, a classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados jamais delimitou a *possibilidade* de sobre eles incidir judicial, mas, em vez disso, a simples *extensão* da sindicabilidade comportada em cada uma das hipóteses.

Inicialmente, em se tratando de ato administrativo concebido a partir de puro juízo de vinculação, estabelece a doutrina que o controle jurisdicional se exerce de maneira ampla. Por óbvio, estando a totalidade dos elementos que regulam a prática de dado ato previstos em Lei, compete ao Judiciário certificar-se de que a sua prática ocorreu com estrita observância a todos requisitos impostos pela norma, invalidando-o, outrossim, diante de eventual desconformidade. (DI PIETRO, 2015, p. 263)

Diversamente, em se tratando de ato expedido no exercício de competência discricionária, o controle judicial, embora possível, se exerce de maneira mais restrita, cabendo ao Judiciário analisar os aspectos de legalidade do ato e verificar se Administração, de fato, agiu dentro dos limites da liberdade que lhe foi conferida.

Bem por isso é que se afirma que *“o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito administrativo; o primeiro diz respeito à conformidade com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público de agir”*. (op. cit., p. 260)

4.1.2.1 Mérito Administrativo

O mérito do ato administrativo consiste no campo de liberdade de atuação conferido ao administrador público em razão da atribuição legislativa de competência discricionária, que lhe legitima a eleger uma dentre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, ante a impossibilidade de se verificar objetivamente qual delas é mais adequada ao atendimento da finalidade legal e, em última análise, à consecução do interesse público. (MELLO, 2015, p. 993).

Vale memorar, mesmo na edição dos ditos “atos discricionários” o administrador público deve perpassar, em maior ou menor grau, por juízos de vinculação, usualmente atrelados aos elementos competência, finalidade e forma do ato. A eventual liberdade de atuação administrativa, neste íterim, restringe-se usualmente à valoração dos fatores que integram os motivos e o objeto do ato administrativo, conforme juízos de conveniência e oportunidade preordenados à consecução do interesse público. E, justamente nesse campo residual de liberdade é que reside o chamado mérito administrativo. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 125)

O conceito de “mérito administrativo”, assevera Di Pietro, foi importado da doutrina italiana, na qual designa o aspecto propriamente discricionário do ato administrativo, que diz respeito à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal. (DI PIETRO, 2015, p. 260)

Rememorando as lições do saudoso Seabra Fagundes, a administrativista pontua que o mérito administrativo, em sua concepção original, se relaciona à *“intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos*.

Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro”. (op. cit., p. 260).

É corriqueira na doutrina e jurisprudência brasileira a afirmação de que o mérito administrativo não comporta controle por parte do Judiciário. Essa assertiva, no entanto, deve ser vista com ressalvas. A esse propósito, pontua Krell:

A invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que seria possível. A palavra mérito, oriunda da doutrina italiana, tem recebido um tratamento fragmentário e pouco homogêneo na doutrina brasileira e significa nada mais que o resultado do exercício regular da discricionariedade. É lamentável que a expressão tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração³¹. Entretanto, vale ressaltar que, hoje, no Direito Administrativo brasileiro, inexistente qualquer regra acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade. (KRELL, 2004, p. 29)

É evidente que, se a competência discricionária se caracteriza pela atribuição intencional de certa margem de liberdade ao administrador, a escolha por ele realizada dentro dos limites da legítima autonomia não comporta revisão judicial, doutro modo a discricionariedade desaparecia. Sem dúvida, não se admite a incursão aprofundada do Judiciário às estranhas do mérito, *“substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto”*. (DI PIETRO 2015, p. 263)

Por outro lado, fosse a discricionariedade absolutamente imune à revisão judicial, seria ela facilmente deturpável em arbitrariedade e em preterição do interesse público por ambições individuais, competindo ao judiciário verificar se o administrador público não extrapolou as balizadas normativas da competência recebida. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 262).

E, justamente com o fito de equacionar a problemática extensão da discricionariedade e do mérito administrativo aos preceitos norteadores do regime jurídico de Direito Público, diversas teorias têm sido formuladas no sentido de contenção da arbitrariedade estatal.

³¹ Também nesse sentido, Di Pietro afirma que o mérito administrativo trata-se de vocábulo consagrado no Direito Brasileiro e que, durante muito tempo, tem servido de palavra mágica que detém o Poder Judiciário sobre os atos da Administração. (DI PIETRO, 2015, p. 260)

4.1.2.2 Teorias de controle da discricionariedade administrativa

O destacamento de questões inerentes à legalidade do ato do seio do mérito administrativo tem surtido efeitos positivos no que toca ao controle da discricionariedade. Com efeito, o exame dos motivos que ensejaram a prática do ato, a aferição da adequação da atuação administrativa aos fins a que se propõe, a busca de sua plena compatibilização dos atos administrativos com os princípios constitucionais, outrora agasalhados pelo conceito de mérito, tem sido trazidos ao âmbito da legalidade administrativa e permitido a otimização de sua sindicabilidade pelos tribunais. (DI PIETRO, 2015, p. 260-262).

Nesse sentido, a *teoria dos motivos determinantes* concebe a análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa - notadamente quanto à sua existência, subsistência e idoneidade a determinar a vontade do agente à solução que haja adotado – como um recurso possível e necessário à análise da correção dos atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária.

Com efeito, negar ao Poder Judiciário a objetiva verificação de matéria de fato, quando determinante para a prática do ato administrativo, equivaleria a converter o juiz em mero endossante da autoridade administrativa, substituindo o controle de legalidade por um processo de referendo extrínseco. (MELLO, 2015, p. 1.006-1.007)

De igual sorte, nos termos da *teoria do desvio de poder* o controlador externo, além de verificar os motivos que ensejaram a atuação administrativa, deve aferir se o uso do poder discricionário se deu em harmonia com o dever de alcançar a finalidade legal a ser cumprida. (DI PIETRO, 2015, p. 263).

A teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*), acrescenta Bandeira de Mello, foi desenvolvida pelo Conselho de Estado francês buscando censurar o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade legal em vista da qual foi instituída, abrangendo três diferentes hipóteses: (i) quando o agente não persegue um fim de interesse público, (ii) quando persegue um fim de interesse público, porém estranho à categoria de interesses comportados em suas competências, (iii) quando se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos implementáveis através de outra via jurídica, em específico. (MELLO, 2015, p. 1.007).

Di Pietro, a partir da 28ª edição de do manual “Direito Administrativo”³², acrescenta ao rol das teorias ampliativas de controle de discricionariedade a chamada “constitucionalização dos princípios da Administração”. Leciona que, a partir da Constituição de 1988, com a positivação dos princípios regentes da atividade administrativa, especialmente no art. 37, *caput*, da Constituição, mas também em outros dispositivos esparsos ou mesmo por meio de valores implícitos (v.g. segurança jurídica, proporcionalidade, razoabilidade, motivação), o tradicional conceito de legalidade teve de ser revisto e ampliado, passando a abranger não somente a obediência ao ato legislativo propriamente dito (legalidade estrita), mas também a consonância com os princípios e valores expressos explícita ou implicitamente no texto constitucional (legalidade alargada). (DI PIETRO, 2015, p. 261)

Complementa que a ampliação da noção de legalidade trouxe como consequência *“a redução da discricionariedade e a ampliação do controle jurisdicional sobre aspectos antes considerados de mérito do ato administrativo. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo”* (op. cit., p. 261)

Nota-se, no entanto, que ao tratar da incidência dos princípios constitucionais expressos ou implícitos sobre o controle dos atos expedidos no exercício da competência discricionária, a autora lhes situa na mesma perspectiva do controle de legitimidade formal, abordagem esta que se replica na esmagadora maioria da doutrina e jurisprudência nacional.

A assistemática na utilização dos princípios, no entanto, tem acarretado grandes distorções em matéria de controle de discricionariedade. Com efeito, proporcionalidade, discricionariedade e interesse público, parafraseando-se Lênio Streck³³, tornaram-se os abracadabras legitimadores do solepsismo judicial na contemporaneidade, pondo em risco, outrossim, *“a própria segurança jurídica das relações jurídicas ou o que possa ser uma autêntica proteção dos direitos do cidadão”*. (CADEMARTORI, 2000, p. 168)

Assim, em que pese a crescente aceitação da utilização dos princípios constitucionais enquanto freios ao arbítrio estatal, parece faltar em toda a temática que envolve a utilização desses princípios (proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, supremacia e

³² Nos tópicos 7.8.4 Legalidade e mérito do ato administrativo e 7.8.5 Limites da discricionariedade e Controle pelo Poder Judiciário das versões anteriores do manual, a autora fazia referência tão somente as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes.

³³ STRECK, Lênio. Por que devemos recuperar o valor da doutrina *terrae brasilis*? – o NCPC e o exemplo privilegiado de um *hermeneutic turn*. Palestra proferida na Aula Magna do Curso de Graduação em Direito da UFSC de 2014. Centro Acadêmico XI de Fevereiro: Florianópolis, 2014.

indisponibilidade do interesse público, impessoalidade, eficiência) um corpo teórico que outorgue legitimidade a todos esses entendimentos, organizando-os dentro de uma teoria geral de direito condizente com essas exigências. (*op.cit.*, p. 178).

4.2 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETIZADORES DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A elaboração teórica de métodos mais eficientes de exercício do controle judicial sobre atos administrativos concebidos a partir de juízos discricionários, especificamente nas hipóteses de atuação prática de conceitos jurídicos indeterminados, pressupõe, por óbvio, uma acurada investigação dos posicionamentos que vêm sendo adotados pelos Tribunais pátrios em relação à matéria.

Assim propõe-se uma análise de casos e a sistematização dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, buscando-se, pontualmente, identificar as zonas de consenso, os pontos de controvérsia e, acima de tudo, apontar as principais idiossincrasias e vicissitudes da jurisprudência brasileira no que toca à possibilidade, extensão e limites da sindicabilidade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados.

4.2.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao longo dos últimos anos, teve oportunidade de se posicionar, por mais de uma vez, quanto ao controle judicial da atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados. Do contraste entre os acórdãos, no entanto, infere-se que a matéria recebe tratamento fragmentário e pouco uniforme por parte do Sodalício, não se podendo, até o presente momento, falar em uma consolidada jurisprudência do Tribunal de Justiça catarinense em matéria de controle da concretização de conceitos fluidos.

Um dos julgados que desperta particular interesse, neste contexto, refere-se ao caso *Athos Aimbarê Cardozo Beth vs Estado de Santa Catarina*, levado ao conhecimento do Tribunal de Justiça por meio do recurso de Apelação Cível nº 2012.074478-3, da Capital, e julgado pela Terceira Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Desembargador Carlos Adilson Silva. Colhe-se do julgado:

ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA - PEDIDO INDEFERIDO REQUISITOS SUBJETIVOS PREVISTOS NO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA (LEI N. 13.357/2005) PARA A CONCESSÃO DA PROMOÇÃO EVIDENCIADOS - ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STF - CONTROLE JURISDICIONAL PARA CORREÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, OU NOS CASOS EM QUE A DISCRICIONARIEDADE DO ATO NÃO ATENDA AOS OBJETIVOS DA NORMA - DIREITO RECONHECIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. "A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração." (MS 24.699-DF, rel. Min. Eros Grau). "[...]. Promoção por ato de bravura. 4. O Tribunal de origem, interpretando a legislação infraconstitucional (Decreto estadual n. 4449/80), entendeu que a conduta do militar preenche os requisitos legais, motivo pelo qual tem direito à referida promoção. [...]. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]. Ademais, não verifico, no caso, violação ao princípio da separação dos poderes, pois, tendo vislumbrado a ocorrência de ilegalidade, é perfeitamente legítimo ao Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que discricionários. [...]."³⁴

Resumidamente, Athos Aimbarê Cardozo Beth, policial militar, propusera ação cível, pelo procedimento ordinário, objetivando a revisão judicial de ato administrativo que lhe negara a promoção na carreira militar por “*ato incomum de bravura*”. A título de esclarecimento, pontua-se que o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina (Lei 6.218 de 1983, com as alterações da Lei n. 13.357/2005) estabelece a “*bravura*” como uma das hipóteses de promoção na carreira militar (art. 62, *caput*, inciso III e parágrafo 3º).³⁵

Na hipótese, o policial militar havia realizado resgate aquático no Rio Tubarão, em área de aproximadamente cinco metros de profundidade, correnteza moderada, com possíveis árvores submersas, e em dia frio e chuvoso, logrando êxito em salvar a vida de uma senhora que estava prestes a se afogar, pelo que entendeu se enquadrar no conceito – indeterminado – de bravura e, por consequência, fazer jus à promoção na carreira

³⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.074478-3, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 02-07-2013.

³⁵ Art. 62. As promoções dos militares estaduais serão efetuadas pelos seguintes critérios: [...] III - bravura; [...] § 3º Promoção por bravura é aquela que resulta de ato ou atos não comuns de coragem e audácia, que ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, representam feitos indispensáveis ou úteis ao serviço operacional pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados, independerá da existência de vaga e poderá ocorrer post mortem.

O Comando-Geral da Polícia Militar, em sentido oposto, negou a promoção do militar ao argumento de que, nas condições em que ocorreu, o resgate aquático realizado não comportava enquadramento no conceito de bravura, na medida que não configurava *“ato incomum de coragem e audácia, que tenha ultrapassado os limites normais do cumprimento do dever, isto porque a ação foi normal sob a ótica da atividade policial militar, o policial tinha o dever de agir ou seja prestar socorro à vítima em situação de risco de morte.”*

Tratava-se, portanto, de contenda envolvendo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados *“bravura”, “coragem” e “audácia”*, diante de situação concreta reconhecidamente inserível em seus halos conceituais, pairando insuperável dúvida quanto à aplicação ou exclusão dos conceitos ao caso concreto. Com efeito, embora louvável a atitude do miliciano e inegavelmente positivos os resultados práticos dela decorrentes, as condições em que ocorreu o resgate suscitam fundada dúvida quanto ao fato de o resgate realizado, sobretudo quando analisado sob a ótica militar, efetivamente configurar um *ato de incomum bravura, coragem e audácia*.

Diretamente ao ponto, o caso restou julgado procedente em primeira instância, sendo a sentença confirmada em sede recursal. O posicionamento do Tribunal de Justiça, analisado sistematicamente, é resumível em quatro premissas básicas: (i) *“embora não seja da competência do judiciário analisar o mérito do ato administrativo de caráter discricionário, está legitimado a incursionar frente a casos de flagrante ilegalidade, bem assim em face de atos decorrentes de interpretação da norma”*; (ii) a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados é atividade interpretativa, portanto plenamente sindicável em sede de controle judicial; (iii) a inteligência realizada pela Administração não era a correta diante do caso concreto, na medida em que o suporte fático-probatório indicava, na concepção do prolator, a prática de atos de anormal bravura, coragem e audácia³⁶; (iv) em sendo *“incorreta”* a interpretação dada pela Administração, o ato administrativo que negou a promoção do policial militar afigurava-se ilegal, cabendo ao Judiciário, em juízo de substituição, determinar a sua imediata promoção, inclusive com retroação dos efeitos da ascensão à data da decisão administrativa que lhe negara a benesse.

A Quarta Câmara de Direito Público, à propósito, em caso análogo ao anterior, adotou posicionamento semelhante:

³⁶ Veja-se que o critério utilizado não é outro que a concepção do magistrado de incomum bravura, coragem e audácia, conforme bem ilustrado nos seguintes trechos *“Não vejo como negar que tal conduta do fuja amplamente do ordinário”. [...] “Esse militar, ao que vejo, merece seguramente a promoção”*.

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. DECLARATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. PLEITO DE PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO PELA COMISSÃO DE PROMOÇÃO DE PRAÇAS. REQUISITOS SUBJETIVOS INSCRITOS NO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO. DISCRICIONARIEDADE DO ATO QUE NÃO IMPEDE CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. ILEGALIDADE OU ABUSO NÃO CONSTATADOS NA ESPÉCIE. RECURSO DESPROVIDO. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.³⁷

Observa-se, portanto, certa tendência no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em admitir o amplo e irrestrito controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos fluidos, bem como a convivência com a substituição das decisões proferidas na esfera administrativa por comandos judiciais, mesmo nas hipóteses em que a situação de fato se insira na zona de imprecisão do conceito indeterminado. Dito a outro modo, em sendo a inteligência desempenhada pela Administração incompatível com a operada pelo Judiciário, a consequência prática seria, em todo e qualquer caso, a preponderância desta sobre aquela; ao revés, havendo coincidência nas inteligências operadas, o ato administrativo é chancelado pelo Tribunal.

4.2.2 Superior Tribunal de Justiça

No tópico anterior afirmou-se *apressado* falar em uma jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em matéria de controle da concretização de conceitos fluidos. Ao migrar-se, no entanto, para o âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é possível afirmar que, de fato, *inexiste* no STJ um posicionamento unívoco quanto à possibilidade, extensão e limites do controle judicial incidente sobre a atuação prática dos conceitos jurídicos indeterminados. Ao contrário, o tema permanece assaz controverso mesmo dentro das próprias turmas da Corte da Cidadania.

De um vértice, existem numerosos julgados do STJ no sentido de que a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados é atividade de pura e simples interpretação e, portanto, inserível no âmbito da vinculação administrativa. Com base em tais premissa, defende-se um amplo e irrestrito controle da atuação dos conceitos fluidos, admitindo-se a atuação

³⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.057814-6, de Rio do Sul, rel. Des. Edegar Gruber, j. 30-07-2015.

jurisdicional substitutiva à decisão administrativa, quer nas hipóteses de manifesta inaplicabilidade do conceito indeterminado à situação de fato, quer nas hipóteses em que exista razoável dúvida quanto à aplicação ou exclusão do vocábulo jurídico multivalente.

Nessa linha, o Min. Mauro Campbell Marques (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 127.960-7/PR³⁸, manifestou entendimento no sentido de que *“o [sic] simples utilização de conceitos indeterminados não é suficiente para conferir a qualquer escolha administrativa a correção. Ao contrário, a utilização deste tipo de técnica de construção normativa tem por escopo possibilitar que a Administração identifique, na análise casuísticas [sic], qual é a melhor escolha - que, por ser a melhor, é única”*.

Sem destoar, o Min. Felix Fischer (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça), quando do julgamento dos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nº 19.590/RS³⁹ e 19.210/RS⁴⁰, ao citar o administrativista mineiro Florivaldo Dutra de Araújo, defendeu que *“a indeterminação dos conceitos existe enquanto a norma permanece em sua abstração e generalidade, ao tornar-se aplicada num caso concreto, aquela desaparece, pois, diante de uma específica situação fática, a valoração desta, segundo a experiência humana, leva a uma só conclusão”*, concluindo que *“sendo, então, modalidade de vinculação, o uso de conceitos jurídicos indeterminados não veda ao Judiciário o controle dos atos praticados com base neles”*.

Em caráter complementar, apontou Fischer que *“sempre que seja possível oferecer ao Tribunal uma crítica séria e fundada da decisão administrativa desde a perspectiva de um conceito jurídico indeterminado, ou implícito na lei (em último extremo, o de interesse público de tão amplo “halo”), será juridicamente possível que tribunal reveja a apreciação do conceito realizada pela Administração de sua função interpretativa e aplicativa da lei”*.

Também nesse sentido, o Min. Paulo Medina (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 4.053/RS⁴¹, firmou posicionamento segundo o qual *“se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em*

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 4.053/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

que podem ser tomados e, por isso, na esteira da moderna doutrina administrativista, pátria e estrangeira, a hipótese analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício de discricionariedade”.

Uma segunda corrente do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, defende um controle judicial menos abrangente da atividade administrativa concretizadora dos conceitos jurídicos indeterminados, pautado não na busca da pretensa única solução interpretativa diante do caso concreto, mas na análise de conformação da solução administrativa adotada com os princípios informadores do direito público e na análise da regularidade formal da prática do ato administrativo *sub judice*. Concebe-se, portanto, a ideia de que o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados pode, de fato, atribuir certa margem de liberdade ao aplicador da norma e, em não extrapolando os limites de liberdade que lhe foram conferidos, o administrador público não deve ter seus atos censurados por via de controle jurisdicional.

Precisamente nesse sentido posicionou-se o Min. Herman Benjamin (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.325/ES⁴², em acórdão de ímpar profundidade e erudição, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. VIOLAÇÃO DE DEVERES. CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO. EMPRÉSTIMO DE TERRENO PARA GUARDA DE VEÍCULOS DESTINADOS A DESMANCHE. ENVOLVIMENTO COM INTEGRANTE DE QUADRILHA DE ROUBO E RECEPÇÃO DE AUTOMÓVEIS. PESSOA QUE POSSUÍA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO POR CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. EXECUÇÃO DA PENA NO JUÍZO EM QUE O SANCIONADO ATUAVA. [...] CONTROLE DE LEGALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR PELO PODER JUDICIÁRIO [...] 6. A possível discricionariedade conferida por lei, no âmbito do poder disciplinar, há que ser compreendida como a margem de liberdade propiciada pela norma incidente sobre um caso concreto, por força da presença de conceitos indeterminados, e não como hipótese marcada por juízo de conveniência e de oportunidade. [...] 8. In casu, a sanção infligida decorre de previsão que contempla conceitos indeterminados (art. 56, II, da LOMAN), de modo que compete ao Poder Judiciário verificar se o motivo do ato se adequa ao motivo legal e se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo. [...] 13. A previsão de aposentadoria compulsória para os casos de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções de magistrado contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor. [...] 18. Nesse contexto, o exame das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, in concreto, dos conceitos indeterminados

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013.

quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a dignidade, a honra e o decoro das funções então ocupadas.

Do corpo do erudito acórdão se extrai:

Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como "urgência", "boa conduta", "má reputação" etc.

O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade in concreto, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima.

Sem destoar, a Min. Eliana Calmon (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), em hipótese que versava sobre a atuação prática do conceito de *“atividade efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação ambiental”*, estabeleceu interessante reflexão no voto do Recurso Especial 133.084-1/SP⁴³.

Em resposta ao interrogativo *“O que é atividade efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente?”*, consignou a Ministra que *“A resposta a essa pergunta cabe ao Estado Administração, porém, a conclusão a que chegar não está imune ao reexame do Judiciário, a quem compete a análise da subsunção do fato à norma, utilizando-se, nas hipóteses de indeterminação de conceitos, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”*.

Por fim, também em defesa de um controle de natureza principiológica e de matriz axiológico-constitucional sobre a atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados, especificamente na esfera da improbidade administrativa, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça), no voto do Mandado de Segurança 16.666/DF⁴⁴, defendeu que os dispositivos sancionadores insertos na Lei de Improbidade Administrativa *“carecem de objetividade suficiente para definir tipos infracionais, pois, empregando conceitos jurídicos indeterminados, vagos e imprecisos, trataram apenas de delinear em abstrato os casos de improbidade administrativa, sem, contudo, definir ou tipificar o ato ímprobo”*.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1330841/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.666/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 07/10/2013.

Com base em tal afirmação, deduziu que a fluidez dos referidos conceitos “*permite ao intérprete administrativo e aplicador administrativo da norma uma utilização demasiadamente ampla – na verdade aberta – da legislação em comento, para sancionar aqueles a ela submetidos*”, pelo que concluiu que a atuação do Judiciário nessas hipóteses, embora possível e necessária, deve se dar com o fito de “*conter e limitar, ponderar e equilibrar o uso dos poderes da Administração, inclusive com a invocação dos princípios jurídicos*”.

O que se pode concluir, portanto, é que muito embora haja consenso quanto à *possibilidade* do controle da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados por via jurisdicional – o que não espanta, na medida em que, conforme alhures alinhavado, todo ato administrativo se sujeita, em maior ou menor grau, ao controle pelo Poder Judiciário – há manifesta controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à extensão e limites a que se sujeita este controle.

4.2.3 Supremo Tribunal Federal

O posicionamento do Supremo Tribunal é resumível em um só acórdão paradigmático, da lavra do ex-ministro Eros Grau, com o qual manifestaram concordância os Ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-9/DF⁴⁵. Extrai-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

A estrutura argumentativa do julgado centra-se em quatro premissas fundamentais, a saber:

(i) a utilização de conceitos jurídicos indeterminados nos textos normativos não culmina na concessão de discricionariedade à Administração Pública; a discricionariedade pode resultar tão somente da *“expressa atribuição normativa à autoridade administrativa e não das circunstâncias de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas”*.

(ii) Em despeito de materializar-se enquanto atividade vinculada, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados *“reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada”*.⁴⁶

(iii) Assim, por não haver uma única interpretação válida perante o caso concreto, ou melhor, em sendo esta solução ideal concretamente incognoscível, a correção do ato administrativo concretizador de conceitos jurídicos indeterminados se afere por meio *“da análise e ponderação de sua motivação”*, pautada nos critérios hermenêuticos da proporcionalidade e razoabilidade.

(iv) Por outro lado, *“o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração enquanto personificada do Poder Executivo”*, mas, tão somente, verificar se o ato é correto, vale dizer, se é adequado aos fins a que se propõe e coerente com os motivos que lhe ensejaram a prática.

Estas quatro premissas básicas, pois, sintetizam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade, limites e extensão do controle da atividade administrativa atuadora dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁴⁶ Neste ponto, *data vênia*, o argumento não se mostra minimamente racional. Ora, se a aplicação do conceito jurídico indeterminado *“reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis”*, por óbvio, esta escolha se dá por atos de volição, naturalmente limitados pela moldura normativa que lhes faculta a prática. Diante disso, repisam-se a crítica formulada por Bandeira de Mello: “se tal liberdade administrativa e consequentes limites à correção judicial, tanto como ausência e direito de terceiros ante a Administração, resultam quer do uso legal de conceitos vagos, quer da possibilidade de opções de mérito ensejadas pela lei, quer da ocorrência destes fatores, está-se a ver que ressonância jurídica de ambos (conceitos jurídicos indeterminados e opções de mérito legalmente previstas) é perfeitamente igual na esfera do Direito.

4.3 A PROPOSTA DE UM MÉTODO TRIFÁSICO DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS CONCRETIZADORES DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Pelo que se expôs até aqui, pode-se afirmar que três são os principais fatores que impedem, na atualidade, o aprimoramento científico em matéria do controle judicial da concreção de conceitos jurídicos indeterminados.

A uma, a adesão de boa parte da doutrina e jurisprudência brasileira à teoria da univocidade dos conceitos jurídicos indeterminados, associada à correlata insistência em se afirmar que eventual imprecisão *in abstracto* dos enunciados não se traduz em qualquer fluidez no momento de sua aplicação, bem como a defesa de uma unidade de solução justa em cada caso e a perpetuação da lógica binária e reducionista do *tertium no datur*, demonstram o absoluto descompasso das premissas atualmente adotadas, em matéria de concreção dos conceitos fluidos, em relação às perspectivas basilares da hermenêutica jurídica contemporânea.

Como visto, um esforço intelectual pode levar o intérprete à clara identificação de zonas de certeza, nas quais é irrefutável a aplicabilidade ou inaplicabilidade da noção imprecisa. Quanto a isso, não há quem motivadamente discorde. Nada obstante, ao adentrar-se no halo conceitual dos vocábulos jurídicos plurissignificantes, a pretensa “*única solução válida perante o Direito*” é, de fato, incognoscível, vez que, nesta zona de penumbra, as interpretações realizadas pelo aplicador da norma não podem jamais ser objetivamente reputadas como certas ou erradas, senão por mera arbitrariedade. Por corolário, deve-se admitir que, em seus halos conceituais, os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma pluralidade de soluções válidas perante o direito.

A duas, a conjugação da teoria univocidade com o enquadramento da atuação prática dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação administrativa têm prestado o desserviço de alçar o Poder Judiciário à condição de “*enunciador da verdade absoluta encoberta pelos conceitos jurídicos indeterminados*”, legitimando a atuação jurisdicional invalidadora e mesmo substitutiva às legítimas e razoáveis opções adotadas pela Administração Pública, por ocasião da atuação concreta dos conceitos fluidos.

A três, observa-se preocupante assistemática na doutrina e jurisprudência nacional no tocante à demarcação dos confins da sindicabilidade da atuação discricionária da

Administração Pública, ilustrada pela insuficiência da doutrina do *détournement de pouvoir* e, acima de tudo, pela absoluta atecnicidade no uso dos princípios constitucionais, que, lamentavelmente, transformaram-se em “palavras mágicas”, ante a inexistência de um marco teórico unificador e legitimador deste tipo de orientação.

Ironicamente, o controle jurisdicional, concebido como importantíssima forma de contenção das arbitrariedades praticadas através do deturpado exercício da competência discricionária, tem sido o novo *locus* da arbitrariedade, do solepsismo e o decisionismo judicial.

Diante da incompletude e das incongruências verificadas, propõe-se um método trifásico de aferição de legitimidade dos atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados, pautado nos controles de intelecção, de vigência e de validade da atuação administrativa.

Despido da petulância de pretender a estipulação de um método único, findo e acabado, busca-se tão somente a racionalização da intervenção jurisdicional sobre a atividade administrativa concretizadora de conceitos fluidos, com a proposta de uma plataforma de pensamento possível, objetiva e potencialmente eficaz, inspirada na matriz epistemológica garantista.

4.3.1 Controle de intelecção: a adstrição ao campo significativo possível

Como visto anteriormente, a discricionariedade potencialmente decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados cinge-se sempre ao halo conceitual da noção imprecisa, ou seja, ao campo de insolucionáveis dúvidas sobre a aplicação ou exclusão dos conceitos utilizados pela regra de direito em aplicação. Fora deste campo, nas zonas de certeza positiva ou negativa dos conceitos, não há discricionariedade, mas, vinculação. (MELLO, 2012, p. 31/32).

Por corolário lógico, em havendo determinado litígio sobre a correta subsunção de dada situação fática à um dispositivo legal que, em sua redação, empregue conceitos jurídicos indeterminados, caberá ao Judiciário, antes de mais nada, o exercício do controle intelectual da atuação administrativa, conferindo se o agente público, ao dar concreção ao conceito fluido, ateu-se ao campo significativo possível, ou, ao contrário, se o desconheceu. (*op. cit.*, p. 24).

Seria ingênuo, no entanto, negligenciar o risco de que o julgador, ao exercer o controle intelectual da aplicação concreta do conceito jurídico indeterminado, “*substitua a decisão, segundo a opinião da autoridade unicamente correta, não pela decisão em si*

unicamente correta, mas somente pela decisão, segundo a opinião do tribunal unicamente correta”. (ALEXY, 2012, p. 19).

Com razão sugere Krell que *“nos países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos legais indeterminados sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade substitutiva da Administração, cujas atribuições e tarefas, como visto, não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei”* (KRELL, 2004, p. 41)

Assim, justamente diante de tais riscos e em consonância com a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, é fundamental que o controle intelectual se exerça de maneira negativa, ou seja, com invalidação dos atos administrativos concebidos a partir de intelecções absurdas, flagrantemente desbordantes do campo significativo possível.

Por óbvio, jamais poderia o agente administrativo, em nome da fluidez dos conceitos, dar-lhes uma significação não comportada por um âmbito mínimo de significância. Dito a outro modo, *“a intelecção bizarra, original, ou as peculiares idiossincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes conhece em dado meio social”.* (MELLO, 2012, p. 31)

Ademais, fosse o juízo intelectual operado pelo administrador insindicação, o emprego dos conceitos fluidos culminaria na atribuição de poder absoluto em favor da Administração, na medida em que a extensão da potestade seria aquela que a autoridade administrativa lhe quisesse dar.

Chegar-se-ia, outrossim, à absurda conclusão de que os conceitos jurídicos indeterminados não possuem valor significativo algum, equivalendo a um nada jurídico, absolutamente imprestáveis à delimitação da competência conferida ao agente público. Como visto, todavia, mesmo os conceitos fluidos possuem um quê determinável, *“não o tivessem não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras”.* (op. cit., p. 29)

Por outro lado, no entanto, deve-se reconhecer a impossibilidade e inoportunidade do exercício de um controle intelectual positivo da concreção dos conceitos fluidos, no sentido da enunciação pelo Judiciário de uma pretensa verdade única e absoluta – como visto, inexistente - encoberta pela fluidez do conceito, com a consequente substituição do ato administrativo praticado no legítimo exercício da liberdade que foi conferida ao agente público. Nesse ponto, irretocável o supracolacionado acórdão da lavra do Min. Hermann Benjamin⁴⁷.

⁴⁷Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo

Daí porque, na sindicância que verse sobre a aplicação dos conceitos indeterminados, o judiciário não deve controlar se o resultado dessa operação foi “o correto”, mas, tão somente, se o mesmo é sustentável (KRELL, 2004, p. 39). Conforme sustentam Luciano Parejo e Sánchez Morón, o julgador não deve se ater ao que uma autoridade razoável deveria fazer, mas, ao que essa autoridade razoável certamente não poderia ter feito. (CADEMARTORI, 2000, p. 161)

Com efeito, se diante de determinada situação concreta, inserível no halo conceitual do conceito normativo fluido, o administrador, em entendimento razoável e comportado pelo campo significativo possível, decidir pela aplicação ou pela inaplicação do conceito, não se poderá dizer que violou o direito, ainda que igualmente sustentáveis sejam as opiniões divergentes.

Por corolário lógico, se não violou a lei e não lhe traiu a finalidade, é claro que terá o administrador procedido em plena adstrição à liberdade intelectual que, *in concreto*, o direito lhe facultava e, por consequência, faleceria o Judiciário de título jurídico para censurar a conduta da Administração, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe são conformes. Dito a outro modo, “*verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – desassitirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio*”. (MELLO, 2012, p. 24).

Outrossim, na delimitação do campo semântico possível, dois fatores essenciais deverem ser levados em consideração, quer pelo administrador, ao dar atuação concreta ao conceito jurídico indeterminado, quer pelos Tribunais, no exercício do controle jurisdicional da atividade intelectual.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o Direito é uma linguagem, “*é uma fala que veicula prescrições. O que nele se diz é para ser compreendido por toda a sociedade, de modo que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos e atuar em conformidade das leis e evitar eventual consequência da transgressão*”. Por consequência, o campo significativo possível de dado conceito, ainda que fluido, não pode ser outro que aquele que,

normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como “urgência”, “boa conduta”, “má reputação” etc. O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade *in concreto*, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013.

em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhe corresponde. (*op. cit.*, p. 29/30).

Segundamente, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminado deve se dar contextualmente, ou seja, levando em consideração, dentre outros fatores, o ordenamento jurídico, entendido como um todo coerente complexo de normas. Explica Bandeira de Mello:

Ninguém interpreta uma regra de Direito tomando-a como segmento absolutamente isolado. Ao se usar a expressão segmento, já se está a indicar que é parte de um todo. Ora, se as partes só entregam sua realidade exata quando se tem conhecimento de um todo. Não é possível apreender o resultado de uma parte sem antes abrigar na mente ao menos uma noção do que seja o todo. [...]Assim, agiria de modo estulto quem pretendesse interpretar algum conceito normativo tomando-o desligadamente do todo conceitual de que faz parte. Esse todo contextual termina por adensar um pouco o que haja de fluidez nesse conceito, embora não elimine sempre, necessariamente e de modo completo o campo de possíveis dúvidas. (MELLO, 2012, p. 30/31).

Portanto, na fase do controle de intelecção, deve o julgador, resumidamente, invalidar os atos administrativos concebidos a partir de intelecções absurdas, notadamente aquelas desbordantes do campo significativo possível – cujos confins são definidos contextualmente, levando em consideração a utilização corrente na sociedade e o plexo total de normas jurídicas – passando, outrossim, ao controle de vigência e da validade dos atos administrativos que, por adstritos à interpretações sustentáveis, foram praticadas em conformidade com a liberdade intelectual conferida ao administrador.

4.3.2 Controle de vigência: a legitimação formal do ato

Perpassada a fase do controle intelectual da atuação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados e aferindo-se que a intelecção operada pela Administração Pública ateve-se ao campo semântico possível, deve-se proceder ao controle de vigência do ato administrativo concebido a partir da atuação prática dos conceitos fluidos.

Necessário esclarecer, preliminarmente, que a concepção positivista tradicional discrepa da conceituação garantista no que concerne à vigência dos atos administrativos. Enquanto na concepção tradicional o termo vigência representa a dimensão temporal do ato, na concepção garantista, vigência diz respeito à legitimação formal e aos aspectos estruturais axiologicamente neutros dos atos administrativos (CADEMARTORI, 2015, p. 188).

Consoante esclarece Cademartori, “*os juízos formulados sobre a vigência das normas assentam sob bases eminentemente descritivas, posto que referem-se a fatos concretos,*

seja a promulgação das normas pela autoridade competente ou a observância do devido processo na sua edição, por exemplo”. (CADEMARTORI, 2000, p. 200).

Feitas tais ressalvas, pode-se afirmar que, nesta segunda fase do controle jurisdicional, a aferição da vigência do ato opera-se por meio de juízos de fato, não opináveis, com bases eminentemente descritivas e axiologicamente neutras, consubstanciando-se na verificação de sua adequação formal e sua correspondência procedimental com o estatuído em normas superiores, notadamente no que concerne ao *sujeito* e à *forma* do ato. (*op. cit.*, p. 204).

Por corolário, o ato administrativo que, ao dar concreção à conceito fluido, tenha se adstrito à campo intelectivo possível, mas, por outro lado, tenha sido praticado por autoridade incompetente ou mediante procedimento diverso daquele estatuído na legislação que lhe regule a prática, por não contemplar o requisito da vigência, comporta imediata invalidação por via jurisdicional.

Outrossim, apresentando adstrição ao campo significativo possível e plena legitimação formal, o ato administrativo concretizador de conceito jurídico indeterminado deve ser analisado, finalmente, sob a perspectiva de sua legitimação material.

4.3.3 Controle de validade: a legitimação substancial do ato

O controle dos atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta dos conceitos normativos fluidos, afora a análise de sua legitimação meramente formal, deve impreterivelmente perpassar pela verificação de sua plena conformação axiológico-constitucional e de sua correspondência com os valores que embasam o Estado Constitucional de Direito, a ser operada em sede do controle de validade do ato, notadamente a terceira e última etapa do controle sobre ele incidente.

Com efeito, *“o Estado Constitucional de Direito não é nada mais que do que essa dupla sujeição do Direito ao Direito. Gerada esta, pela dissociação entre vigência e validade, entre legitimação formal e legitimação substancial [...] graças a esta dissociação, a legitimidade do direito positivo reporta-se aos valores fundamentais de ordem constitucional”.* (CADEMARTORI, 2015, p. 188)

Novamente, convém esclarecer que o conceito de validade adotado pela matriz epistemológica garantista discrepa da definição utilizada pela doutrina positivista tradicional. Enquanto na concepção tradicional a validade corresponde ao atendimento das exigências formais impostas pelo ordenamento jurídico, sob uma ótica garantista, a validade é concebida

como a adequação substancial dos atos em relação aos direitos fundamentais no seu aspecto valorativo, sendo que, neste âmbito, o controle se opera por meio de princípios.

A dissociação dos planos de vigência e validade dos atos administrativos, pontua-se, é de suma importância no aprimoramento científico em matéria de controle de discricionariedade da Administração Pública, na medida que permite a otimização da incompleta doutrina do *détournement de pouvoir*, inapta à satisfação das exigências impostas pelo Estado Constitucional de Direito e à construção de uma democracia substancial.

A esse propósito, discorre Cademartori:

Dito de outra forma, numa visão garantista, ao se realizar uma apreciação judicial de determinado ato administrativo, independentemente do seu grau de discricionariedade, não se tratará de constatar a legalidade de todas as partes do ato para, ao cabo disto, concluir que não há lesão ao Direito. Neste caso, percorre-se o caminho inverso, ou seja, verificada a lesão ao Direito, o ato será inválido, independentemente do seu atendimento aos requisitos estritamente legais, apreciados de forma atomística. Dito em outros termos, deve-se considerar que cada parte componente do ato somente adquire sentido jurídico-normativo, quando relacionada logicamente com os demais requisitos que compõem sua estrutura, através da ação cimentadora dos princípios constitucionais e, portanto, sob um enfoque eminentemente axiológico. (CADEMARTORI, 2000, p. 187/188)

Feitas estas breves considerações, importa esclarecer que, na fase do controle de validade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, cumprirá ao judiciário, enquanto controlador externo da atividade administrativa, verificar a observância pelo administrador público dos princípios constitucionais escorados nos direitos fundamentais e nos respectivos valores morais e políticos por eles traduzidos. Deverá, outrossim, avaliar as consequências sócio-políticas das decisões administrativas em questão, harmonizando-lhe com uma dimensão política de primazia do administrado frente à Administração.

Ao fazê-lo, no entanto, deve o julgador proceder com cautela, sob pena de “*uma retomada jusnaturalista do direito*”. (CADEMARTORI, 2015, p. 185).

Com efeito, diferentemente do que se verifica na fase de aferição da *vigência* da atuação administrativa - caracterizada pela emissão de juízos de fato, não opináveis, com bases eminentemente descritivas e axiologicamente neutras -, na fase da aferição da *validade*, o controle jurisdicional perpassa por juízos de valor, o que novamente traz à tona a problemática verificada no âmbito controle intelectual de ter-se o judiciário alçado ao papel de “enunciador da valoração adequada”.

Quanto a isto, cumpre esclarecer que o sentido que o julgador deverá dar à norma aplicanda é necessariamente aquele que melhor garanta os direitos fundamentais dos

jurisdicionados e torne mais efetivas as normas constitucionais, com a redução do desvio entre estas e a realidade social e jurídica.

Assim, para efetuar tal controle, o órgão judiciário deverá considerar os pressupostos de validade do ato em questão, notadamente o motivo, a finalidade e a causa, *“verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico constitucional do ato administrativo com aquilo que, no caso concreto, possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas”*. (op. cit., p. 189)

Bem por isso que é que a intelecção dada pela Administração Pública por ocasião da atuação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados, além de adstrita ao campo possível de significância e formalmente legítima, deve ser conectada à uma dimensão política de centralidade do administrado frente à Administração Pública e à uma dimensão moral de consonância da atuação administrativa com os valores fundamentais, outorgando coerência e legitimidade ao controle jurisdicional incidente sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados.

5. CONCLUSÃO

De tudo o que aqui foi exposto, pode-se enumerar as seguintes conclusões:

1) A doutrina administrativista brasileira, em despeito às numerosas menções aos conceitos jurídicos indeterminados, não lhes atribui uma definição suficientemente clara, obstaculizando a formação de consensos prévios e a fixação pontos de partida aptos ao desenvolvimento de uma teoria geral que estabeleça diretrizes objetivas quanto ao seu controle pelo Poder Judiciário.

Nada obstante, a partir dos critérios de classificação dos conceitos jurídicos quanto à função que desempenham na linguagem do direito (conceitos jurídicos meramente formais, *regulae iuris*, e conceitos tipológicos) e quanto às formas de apuração de sua significância (conceitos técnico-científicos, empíricos ou de experiência e de valor), é possível sugerir que os “*conceitos jurídicos indeterminados*” emergem da zona de intersecção entre os conceitos tipológicos e os conceitos de valor, designando todo aquele conceito jurídico, com correspondência semântica na linguagem comum, cuja intelecção perpassa pelo recurso ao padrão de valores vigorantes na sociedade e que, ao ser contrastado com as classificações tipológicas presentes na realidade histórica, política e social, suscita intransponíveis dúvidas quanto à sua adequada aplicação no caso em concreto, quer em razão de sua ambiguidade, quer em razão de um imprecisão.

2) Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser divididos em três subestruturas, notadamente um núcleo fixo (*Begriffkern*), ou zona de certeza positiva, onde não há dúvidas quando a aplicabilidade dos conceitos, uma zona de certeza negativa, certa quanto à exclusão do conceito e, finalmente, uma zona de incerteza ou halo conceitual (*Begriffshof*), onde é duvidosa a aplicabilidade ou inaplicabilidade do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto.

3) Quanto à repercussão jurídica da indeterminação verificável no halo conceitual dos conceitos fluidos pode-se afirmar que a doutrina administrativista oscila entre duas teorias diametralmente divergentes. Para a teoria da univocidade, eventual indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação no momento de sua aplicação, onde só se permite uma unidade de solução justa em cada caso. De outro vértice, para a teoria da multivalência, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais implica na pluralidade de soluções igualmente justas e válidas perante o direito.

A lógica binária e reducionista do *tertium non datur*, no entanto, avança na contramão da hermenêutica jurídica contemporânea, que não mais trabalha com verdades únicas e absolutas decorrentes de juízos silogísticos de cunho lógico-formal, mas com verdades legitimadas pelo discurso jurídico racional e *jusfundamental*, devendo a teoria da multivalência sobrepor-se à da univocidade.

4) Os ditos “atos administrativos vinculados” e os “atos administrativos discricionários” não se diferenciam quanto à sua natureza intrínseca e, por corolário lógico, não constituem categorias antagônicas no estudo do Direito Administrativo. A vinculação dos agentes administrativos ao texto legal sempre existirá em certa medida, admitindo simples variação quanto à sua intensidade. De igual sorte, a disciplina normativa raramente será exaustiva, cabendo ao exercente da função administrativa, invariavelmente, certa margem de legítima atuação.

A intensidade vinculatória da Administração Pública ao texto legal pode se dar das mais variadas formas. Em determinados casos o legislador expressamente concede ao agente público espaços de livre atuação administrativa; em outros tantos, a diminuição da intensidade vinculatória se dá com omissão de determinados elementos concernentes à prática do ato ou mesmo com a sua parcial delimitação por meio do emprego de conceitos vagos ou imprecisos.

A classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados não delimita possibilidade de sobre eles incidir judicial, mas, em vez disso, a simples extensão da sindicabilidade comportada em cada uma das hipóteses.

5) A polêmica quanto à inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou discricionariedade é clássica no Direito Administrativo e remonta à Escola de Viena novecentista e às lições dos jusfilósofos austríacos Tezner e Bernatzik, que desempenharam papel fundamental na fixação de parâmetros lógicos e premissas conceituais que até hoje norteiam a discussão. O debate, ademais, é igualmente atual nos ordenamentos jurídicos europeus, sendo que na Áustria, Alemanha, Inglaterra e França observa-se uma tendência à paulatina flexibilização da distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade.

Embora a maioria dos administrativistas brasileiros defendam que a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados é ato vinculado (Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar, Diógenes Gasparini, Márcio Pestana, Eros Grau), parece mais acertado afirmar que o emprego de conceitos vagos na proposição jurídica e a expressa atribuição de competência discricionária produzem idêntica ressonância jurídica (minimização da intensidade vinculatória do

administrador público ao texto legal, limitação da sindicabilidade judicial da decisão administrativa e inoponibilidade de direitos subjetivos frente ao comportamento administrativo adotado), justificando o reposicionamento da concreção dos conceitos fluidos ao âmbito da discricionariedade administrativa.

6) A elaboração de técnicas de controle da atuação do Estado é anterior ao próprio surgimento do Estado de Direito, sendo possível a remissão à teoria da coroa, desenvolvida ainda no Medievo, e à teoria do fisco, que remonta às monarquias despóticas do Estado Absolutista Moderno. O desenvolvimento mais profícuo de mecanismos de contenção da arbitrariedade e do controle de discricionariedade da Administração Pública, no entanto, se dá com a gênese do Estado de Direito, pautado nos princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes. O Estado Legislativo experimenta uma tentativa de redução ao zero da discricionariedade, concebida como um resquício da arbitrariedade do monarca, ganhando popularidade a ideia de que a atuação da Administração fosse amplamente regulamenta, de forma a possibilitar o controle da atividade administrativa pelos tribunais. Em sentido oposto, com o advento do Estado Constitucional de Direito, a discricionariedade vem a ser fundamentada na teoria kelseniana do direito em degraus e vista como uma forma de evitar o indesejável automatismo e engessamento da atividade administrativa, em superação ao modelo burocrático-administrativo weberiano,

7) O controle judicial dos atos administrativos, no contexto atual do ordenamento jurídico brasileiro, é informado, em caracteres gerais, pelo princípio da unidade de jurisdição (*una lex una jurisdictio*) e pelo princípio dispositivo (*ne procedat iudex ex officio*). Em síntese, o controle judicial da discricionariedade administrativa pauta-se na insindicabilidade do mérito administrativo e pela utilização de teorias de contenção ao arbítrio estatal, dentre as quais a teoria dos motivos determinantes e teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*), bem como pela dita constitucionalização dos princípios da Administração. No entanto, embora seja unânime e crescente a utilização de princípios no controle jurisdicional da atividade administrativa, verifica-se absoluta incompletude e assistemática no proceder dos Tribunais.

8) Da análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, observa-se que a matéria dos conceitos jurídicos indeterminados recebe tratamento fragmentário e pouco uniforme por parte das cortes nacionais. Há, em acréscimo, forte tendência em se admitir o amplo e irrestrito controle judicial sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, bem como manifesta convivência à substituição das decisões proferidas na esfera administrativa por

comandos judiciais, mesmo nas hipóteses em que a situação de fato se insira na zona de imprecisão do conceito fluido.

9) Diante das vicissitudes e idiosincrasias presentes na doutrina e jurisprudência nacional, afigura-se potencialmente profícua a racionalização da sindicabilidade dos conceitos jurídicos por meio da adoção de um método trifásico de controle, baseado na aferição da adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, na análise da legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, na aferição holística da validade da atuação administrativa, mediante a sua conformação com um plano axiológico-constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Vícios no Exercício do Poder Discricionários**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 2, p. 1213 – 1261, Revista dos Tribunais, Nov/2012. Versão digital disponível em Revista dos Tribunais Online, acesso em 1º de novembro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. (Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. (Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. (Regula a ação Popular). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. (Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em 1º de novembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 4.053/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1330841/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 14/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.666/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 07/10/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Rel. Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

BULLINGER, Martin. **A discricionarietà da Administração Pública**. Revista de Ciência Política, abril/junho de 1987, p. 3-23.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionarietà administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **A discricionarietà administrativa e seu controle jurisdicional no Estado constitucional e democrático de direito**. Tese (Doutorado em Ciências Humanas - Especialidade Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Orientador: Ubaldo Cesar Balthazar. 243 p.

_____. **A discricionarietà administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. In: Ubaldo Cesar Balthazar e Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). *Direito Tributário e outros temas*. 1ª ed., p. 185-194. Florianópolis: Insular, 2015

_____. **Conceitos Jurídicos Indeterminados no âmbito da nova hermenêutica**. Discurso Jurídico, v. 4, p. 160-175, 2008.

_____. **Conceitos Jurídicos Indeterminados no Âmbito da Nova Hermenêutica**. In: Juliano Kellier do Valle, Júlio Cesar Marcellino Jr. (Org.). *Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, v. 1, p. 121-134.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y Lenguaje**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito de recesso de acionista e sociedade anônima**. Revista dos Tribunais v. 558 (abril 1958), p. 33 e ss. São Paulo: 1983, Revista dos Tribunais.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo REDAE nº 9 (fev/mar/abr 2007), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Tradução por Genaro Carrió. 2ª ed. Mexico: Nacional, 1980.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HUBER, Hans. **Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in Demokratie und Rechtsaat**. Zürich, 1953.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., 2. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., 2. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KRELL, Andreas J. **A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discrecionalidade no Brasil**. Interesse Público, v. 5, n. 23, p. 21-49.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ªed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004

MORBIDELLI, Giuseppe. **Introduzione a Diritto e All' Interpretazione**. In: MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M. *Diritto Costituzionale Italiano e Comparato*. 2ª ed. Bologna, Monduzzi Editore, 1997.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do desvio de poder em direito administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 6, 1956.

RODI, Maria Tecla. **I concetti Giuridici Indeterminati: comparazioni tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto**. Tese (Doutorado di ricerca in diritto ed economia), Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014. Orientador: Marcello Clarich, 273p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2012.074478-3, da Capital*, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 02-07-2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2012.057814-6, de Rio do Sul*, rel. Des. Edemar Gruber, j. 30-07-2015.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STRECK, Lênio. **Por que devemos recuperar o valor da doutrina *terrae brasilis*? – o Novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado de um *hermeneutic turn***. Palestra proferida na Aula Magna do Curso de Graduação em Direito da UFSC, 1º de abril de 2014. Centro Acadêmico XI de Fevereiro: Florianópolis, 2014.

TOURINHO, Rita. **A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado/ REDE* 15 (jul/set/ago 2008), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.